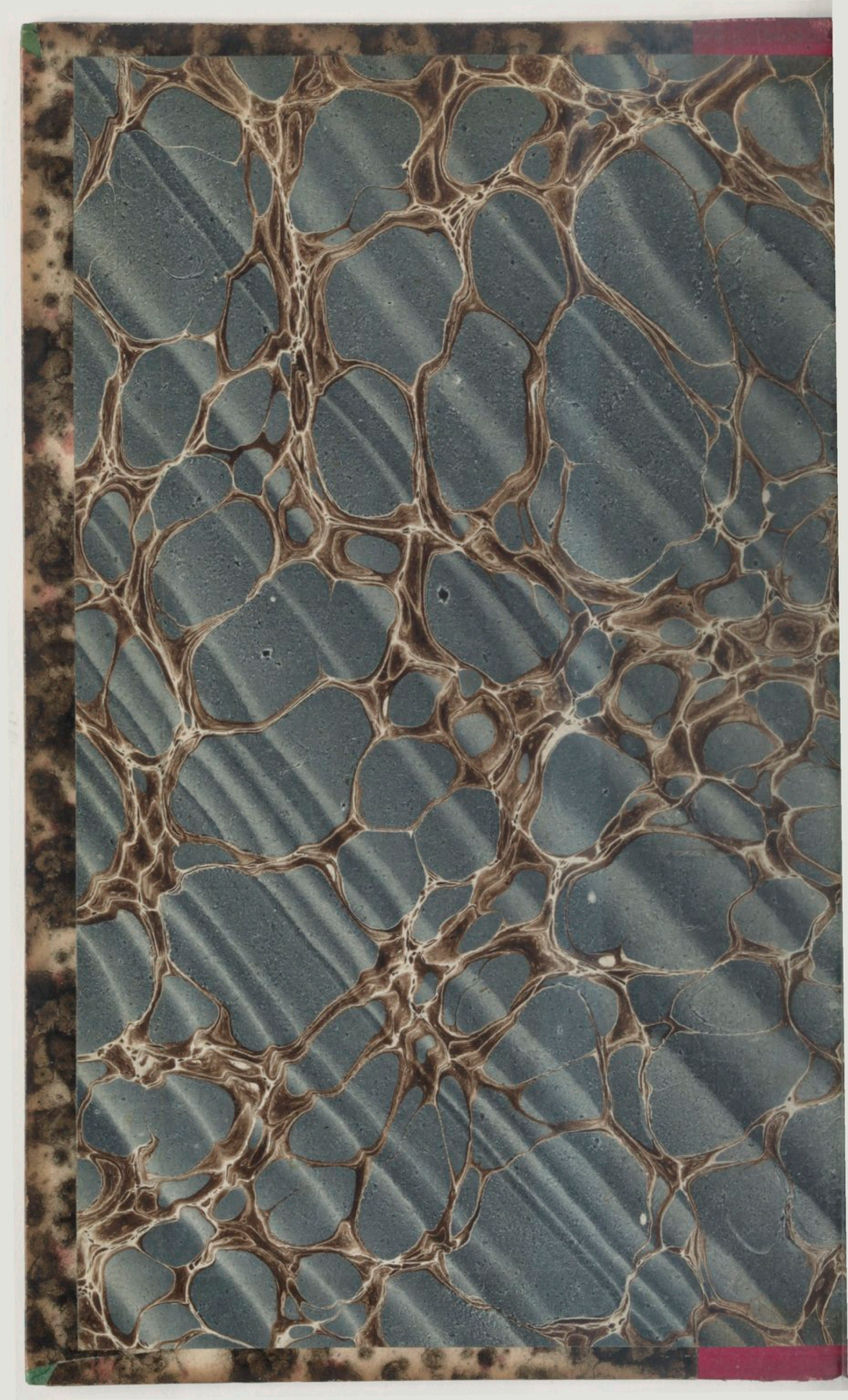
Jurisprudence et style du notaire... par MM. A.-J. Massé,... A.-J. Lherbette,...









F

JURISPRUDENCE

ET

STYLE DU NOTAIRE.

JURISPRUDENCE

ET

STYLE DU NOTAIRE.

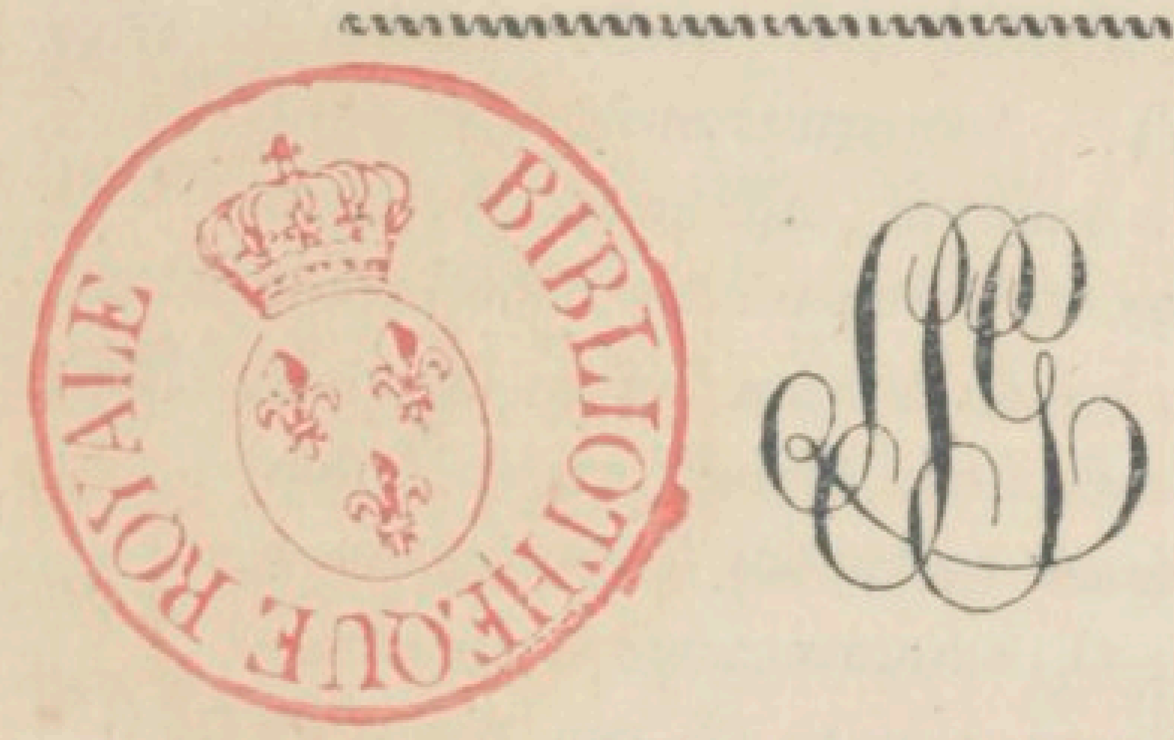
CONTENANT :

1°. LA JURISPRUDENCE DES ARRÊTS ; 2°. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES ; 3°. LE STYLE OU FORMULAIRE.

A L'USAGE DES NOTAIRES.

PAR MM. A.-J. MASSÉ, Notaire honoraire à Paris, et ancien Professeur de Notariat à l'Académie de Législation ;
A.-J. LHERBETTE, Docteur en Droit, et ancien Magistrat.

TOME VI. JURISPRUDENCE DES ARRÊTS.



PARIS,

Chez B. WARÉE, oncle, Libraire de la Cour Royale, cour de la Sainte-Chapelle, n°. 13.
B. WARÉE, fils aîné Libraire au Palais de Justice.

M. DCCC. XXV.

PARIS, IMPRIMERIE DE LOTTIN DE S.-GERMAIN,
rue de Nazareth, n.° 1.

JURISPRUDENCE

ET

STYLE DU NOTAIRE.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME
DU CODE CIVIL.

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

TITRE SEPTIÈME

De l'Echange.

1782. *L'échange d'une chose indivise est nul, bien que le partage fait postérieurement à l'échange, mais après la demande en nullité, attribue à l'échangiste co-propriétaire l'objet qu'il a donné en échange.*

1783. *Mais lorsqu'un mari a donné en échange un immeuble dotal de sa femme, sans avoir observé les formalités voulues pour l'aliénation des immeubles dotaux, et que l'échange a été consommé, le co-permutant ne peut, tant qu'il n'a pas été troublé dans la jouissance, contraindre le mari à lui restituer la chose livrée en échange.*

1784. *L'action en indemnité pour défaut de contenance est-elle admise dans le contrat d'échange ?*

1785. *La clause que, si l'un des échangistes vend le fonds reçu, l'autre sera libre de le reprendre, permet-elle d'exercer le retrait après cinq ans ?*

1786. *Lorsque le possesseur d'un immeuble a échangé, en son nom, cet immeuble qu'il avait auparavant vendu à un tiers, la régie peut prendre le droit proportionnel sur la rétrocession présumée.*

1787. *Le revenu annuel qui sert de bâse à l'évaluation en matière d'échange peut être déterminé par une expertise requise par les parties en cas d'exorbitance des baux.*

1788. *L'estimation pour le retour, ou soulte, doit se faire aussi d'après le revenu.*

1789. *Lorsque, sans qu'il y ait stipulation de retour pour plus value, l'un des deux immeubles échangés se trouve grévé de plus de charges que l'autre, il y a lieu de percevoir le droit de vente sur la plus value résultante, pour l'un des immeubles, de l'infériorité des charges.*

1782. La plupart des règles du contrat de vente s'appliquent à l'échange : l'étendue que nous avons accordé au premier de ces contrats fait qu'il nous restera peu de chose à dire sur le second, qui d'ailleurs, plus rare que le premier, a donné naissance à beaucoup moins d'arrêts.

La Cour de cassation (sect. des req., 16 janvier 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la cour de Lyon, du 6 juillet 1808. J.P., 2e. de 1810, pag. 49. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 204. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 152) a jugé que l'échange d'une chose indivise est nul, bien que le partage fait postérieurement à l'échange, mais après la demande en nullité, attribue à l'échangiste co-propriétaire l'objet qu'il a donné en échange ; que cet échange donne lieu à une condamnation de dommages-intérêts, si l'autre échangiste ignorait l'indivision ; et que l'échangiste qui a donné l'objet indivis doit être considéré comme

stellionataire, et être condamné par corps à ces dommages-intérêts : « Attendu que la vente de la chose d'autrui est nulle, et que le sieur... (le demandeur en nullité) ignorait que la chose fût à autrui ; attendu que la demande à fin de nullité du contrat d'aliénation avait précédé les procédures à fin de partage, intentées par le sieur (échangiste) contre le propriétaire de partie de la chose aliénée, et que ces procédures n'ont pu priver le sieur (le demandeur en nullité) du droit antérieurement acquis sur cette demande ». Cet arrêt et ses motifs exigent quelques développemens.

D'abord, c'est avec raison, selon nous, que la Cour applique à l'échange la disposition de l'art. 1599 sur la vente de la chose d'autrui ; car le motif qui a fait prononcer la nullité dans un cas doit également la faire prononcer dans un autre. Ce motif est, comme on le sait, le désir de faire cesser et les difficultés auxquelles les aliénations de la chose d'autrui permises en droit romain, donnaient lieu, relativement à la ratification ou à la non ratification par le véritable propriétaire, à la perte ou aux détériorations de la chose, et l'incertitude, que ces aliénations laissaient planer sur les propriétés, incertitude qui en entravait la circulation. Au surplus, le texte de la loi ordonne cette application de l'art. 1599 ; car le dernier article du titre de l'échange (art. 1727 du C. C.) dit, en propres termes, que « toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange ».

Pour que la règle prescrite par l'art. 1599 ne s'y appliquât pas, il faudrait donc qu'il y eût été dérogé dans le titre de l'échange : or, c'est ce qui n'a point été fait ; car on ne serait pas admis à voir cette dérogation dans l'art. 1704, qui dit que « si l'un des co-permutans a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à *livrer* celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue ». On ne peut en conclure que le législateur, en parlant du cas où la livraison n'a pas eu lieu, et où le contrat est annullé, ait voulu exclure le cas où la livraison aurait eu lieu, et ne pas prononcer dans ce dernier la nullité. Cette argumentation serait tout au plus admissible si le législateur n'avait pas parlé plus bas, en thèse générale, comme il l'a fait dans l'art. 1707, de tous les cas du contrat de vente dont il ne parlait point spécialement dans le titre de l'échange, et n'avait prescrit l'application en matière d'échange des règles prononcées pour ces cas au titre de la vente. Cet art. 1704 dit seulement, en offrant une application de l'art. 1599, que, même lorsque le contrat aurait reçu un commencement d'exécution par la livraison de l'objet dont un des co-permutans n'était pas propriétaire, l'autre co-permutant n'en sera pas moins recevable à demander la nullité du contrat, en restituant cet objet.

Voyons maintenant si l'échange d'une chose indivise a été annullé avec raison comme échange de

chose d'autrui. Quand le partage qui attribue l'objet à l'échangiste co-propriétaire, est terminé avant que le co-permutant n'ait intenté sa demande, cette demande n'est pas admissible, parce que, le partage étant déclaratif et non translatif de propriété, l'échangiste est censé avoir toujours été seul propriétaire de l'objet (art. 883 du C.C.), et la base de la nullité, le droit des autres co-propriétaires, est censée, par cet effet rétroactif du partage, n'avoir jamais existé. Mais quand le partage n'est pas terminé avant la demande en nullité de l'échange, le droit des autres co-propriétaires subsiste sur chaque partie de la chose ; la chose est aussi bien à eux qu'à l'échangiste ; et, si ce dernier peut dire que la chose est *sienne*, on peut dire aussi qu'elle est *chose d'autrui ;* et cela suffit pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 1599 du Code civil, qui déclare nulle la vente de la *chose d'autrui*, et de l'art. 1707 de ce Code, qui étend cette disposition à l'échange. L'esprit de la loi confirme cette explication de son texte ; car, si l'aliénation de la chose d'autrui est prohibée à cause des inconvéniens attachés à la ratification ou à la non ratification du propriétaire, ces mêmes inconvéniens ne sont-ils pas attachés à l'attribution ou à la non attribution de l'objet dans le lot du co-propriétaire échangiste ? Jusqu'à cette attribution de lot dans le deuxième cas, comme jusqu'à la ratification dans le premier, ou, en d'autres termes, jusqu'au consentement des co-propriétaires, comme jusqu'au consentement du seul propriétaire, l'incertitude, cause de la pro-

hibition de la loi, ne plane-t-elle pas sur le sort de l'objet échangé?

Nous ne devons pas finir cette discussion sans faire une légère observation sur les *attendus* de l'arrêt sus-relaté. Si la Cour a motivé sa décision sur ce que la demande en nullité de l'échange avait précédé *les procédures à fin de partage*, il n'en faut pas conclure que la Cour ait pensé que cette demande devait nécessairement précéder ces *procédures*, et qu'elle ne serait plus admissible si elle intervenait *après les procédures commencées*, mais *avant le partage terminé*. Nous croyons avoir montré que la demande serait également admissible dans ce dernier cas. Mais la Cour se sert de ces expressions *avant les procédures*, etc., parce qu'elle ne s'est occupée que de l'espèce qui lui était soumise et qui offrait demande en nullité, non-seulement avant le partage terminé, mais encore avant les procédures commencées à fin de partage.

1783. Nous avons cité, au titre *du Contrat de Mariage*, tom. V, n°. 1553, un autre arrêt de la même Cour, du 11 décembre 1815, qui, au premier coup d'œil, paraît en opposition avec l'arrêt que nous venons d'énoncer, mais qui, au moyen d'une distinction, se concilie facilement avec celui-ci. Cet arrêt du 11 décembre 1815 a jugé que, lorsqu'un mari a donné en échange un immeuble dotal de sa femme, sans avoir observé les formalités voulues pour l'aliénation des immeubles dotaux, et que l'échange a été consommé, le co-permutant ne peut, tant qu'il n'a pas été

troublé dans la jouissance, contraindre le mari à lui restituer la chose livrée en échange, sous le prétexte que ce mari n'était pas propriétaire de l'immeuble dotal, et qu'il y a fait une aliénation de la chose d'autrui : « Considérant, 1°. que l'art. 1704 du Code civil porte : Si un des co-permutans a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut être forcé à livrer celle qu'il a promise en contr'échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue; — qu'il est évident que le sieur.... ne peut exciper de cet article, puisqu'il a depuis long-temps livré le terrain qu'il a promis en contr'échange, et que l'objet du procès n'est nullement de le forcer à livrer ce terrain; 2°. que l'échange du fonds est nul s'il est fait sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi; mais que cette nullité n'est établie que dans l'intérêt de la femme et de ses héritiers; et qu'ainsi l'art. 1560 du Code civil, par une conséquence de l'art. 1125 du même Code, ne permet qu'à la femme, à ses héritiers et au mari de faire révoquer ces sortes d'aliénations; qu'ainsi il résulte également du texte et de l'esprit de la loi que cette action en nullité n'est pas ouverte à celui qui a volontairement traité, avec le mari ou la femme, de l'échange du fond dotal ». Nous allons, pour la discussion, séparer le dispositif de l'arrêt de ses considérans.

Son dispositif n'est point contraire à celui de l'arrêt cité au numéro précédent, qui avait an-

nullé l'échange d'une chose d'autrui. En thèse générale, lorsque la chose d'autrui a été donnée en échange, l'échangiste qui l'a reçue peut demander la nullité du contrat, en vertu des articles 1599 et 1707 du Code civil, parce que, par ces articles, la nullité de la chose d'autrui est prononcée d'une manière absolue; mais, par exception, lorsque cette chose d'autrui est celle de la femme, qu'elle a été donnée, soit par le mari, soit par la femme, soit par les deux conjointement, alors la nullité n'est prononcée par la loi que d'une manière relative, qu'en faveur de la femme (art. 1560 du C. C.), d'après le principe que les personnes qui ont traité avec un incapable ne peuvent opposer cette incapacité (art. 1125 du C. C.). La femme ou ses héritiers pourront donc seuls argumenter de cette nullité; et, si la loi permet également au mari d'en argumenter, c'est uniquement en sa qualité de protecteur des droits de la femme. Il n'y a donc pas opposition entre les dispositifs de ces deux arrêts; mais il y a jugement de deux questions différentes.

Passons maintenant à l'examen de leurs considérans. Les considérans du premier arrêt portent que l'échange de la chose d'autrui est nul, d'après l'art. 1599 du Code civil, et dans une espèce où l'échange était consommé : les considérans du deuxième, qu'il n'y a pas lieu à l'application de la nullité prononcée par l'art. 1704 du Code civil, parce que la chose avait été *livrée*, ou, en d'autres termes, que l'échange était consommé.

Dans les premiers considérans, la Cour admet clairement la nullité, malgré la consommation de l'échange : on pourrait penser que, dans les seconds considérans, elle refuse d'admettre cette nullité, à cause de la consommation de l'échange, et alors il y aurait contradiction. Nous croyons cependant que telle n'a pas été l'intention de la Cour dans les considérans du deuxième arrêt. Le pourvoi était fondé sur la violation de l'art. 1704 du Code civil, qui parle du cas où l'échange n'est pas consommé : la Cour rejette le pourvoi, parce que, l'échange étant consommé, l'art. 1704 du Code civil n'a pas d'application, n'est pas violé ; et la Cour a raison. Mais elle ne dit point qu'elle n'eût pas rejeté également le pourvoi si on l'eût intenté pour violation d'articles qui disposeraient aussi pour le cas où l'échange serait consommé, pour violation des art. 1599 et 1707 du Code civil. Nous pensons que, si le pourvoi eût été fondé sur ces articles, la Cour, dans ses considérans, eût dit alors que, bien que, en thèse générale, l'aliénation de la chose d'autrui annulle l'échange, ainsi qu'elle l'avait reconnu dans le premier arrêt, cependant, dans la thèse particulière, cette disposition n'était pas applicable, parce que cette chose d'autrui était celle de la femme, aliénée par le mari, et dont l'aliénation ne pouvait être attaquée que par la femme ou par le mari, et non par l'acquéreur.

1784. L'art. 1706 du Code civil dit que « la rescision, pour cause de lésion, n'a pas lieu dans

le contrat d'échange ». Les raisons qui ont fait porter cette disposition sont évidentes ; c'est que le contrat d'échange est, à la différene du contrat de vente, un contrat où chacun prétend recevoir, non la valeur réelle de ce qu'il donne, mais une valeur de convenance, qui n'est pas susceptible d'appréciation.

Mais faut-il également décider que les parties, qui ne peuvent réclamer pour lésion, ne pourront non plus réclamer pour défaut de contenance ?

La Cour de Colmar (1er. mai 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 657) a jugé la négative : « Attendu que le contrat d'échange n'est point assimilé en tout au contrat de vente ; en effet, dans la vente il y a un vendeur et un acquéreur ; tandis que dans l'échange chacun des contractans est à la fois et vendeur et acquéreur : nul n'est forcé à consentir à un échange, comme il pourrait l'être à vendre, et c'est presque toujours la convenance qui est la base de l'échange : —Attendu qu'il est évident que les parties ont eu en vue d'échanger plutôt *ad corpus* que *ad mensuram*, et que la convenance, comme il arrive dans tous les échanges, a été le principal motif ». La Cour établit ensuite qu'elles sont les circonstances qui, dans l'espèce, l'ont portée à penser que l'intention des parties avait été d'échanger un tout contre un autre tout, sans égard à la quotité des parties, en un mot, suivant ses expressions d'échanger *ad corpus*, plutôt que *ad mensuram* ; circonstances que la Cour nous paraît avoir bien appréciées, mais qu'il serait trop long de détailler.

Ne nous attachant ici qu'au principe qui doit servir de guide dans les questions de ce genre, il nous semble qu'il faut poser, comme règle générale, que la garantie du défaut de contenance est due en matière d'échange. D'abord, c'est se conformer au texte de la loi qui, après n'avoir pas énoncé cette règle dans le nombre de celles qu'elle pose spécialement sur l'échange, ajoute que « toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange (art. 1707 du Code civ.) ». Ensuite, il n'y a point de contradiction à refuser l'action en rescision pour lésion et à admettre l'action en indemnité pour défaut de contenance. La première est prohibée, parce qu'elle ne pourrait se fonder que sur la valeur réelle ; que ce n'est point la valeur réelle, mais la valeur de convenance qui a été la base du contrat ; qu'ainsi la valeur réelle peut n'avoir pas été respectée, sans qu'aucun contractant soit en droit de se plaindre ; que la valeur de convenance est hors d'appréciation ; que, de ces deux valeurs, l'une ne devant pas et l'autre ne pouvant pas entrer en estimation, il est impossible d'établir la lésion pour défaut de valeur. Mais il n'en est pas de même de la lésion pour défaut de contenance. Chaque contractant a pu ne consentir à l'échange et ne le trouver à sa convenance que par la raison qu'il comptait trouver, dans l'objet qui lui était donné, la contenance annoncée : pourquoi alors, s'il se trouve trompé, ne lui accorderait-on pas une action en indemnité, comme on l'accorde

en général dans tous les contrats ? Le premier attendu de la Cour tendrait à dire qu'il faut refuser cette action à chaque contractant, parce qu'il est « à la fois vendeur et acquéreur » : mais il nous semble que c'est précisément parce que chaque contractant est à la fois vendeur et acquéreur, qu'il faut lui accorder cette action, puisqu'elle est accordée à tout acquéreur. Fondée sur la non exécution d'une promesse, elle doit compéter à tous ceux qui souffrent de cette inexécution ; dès-lors en matière de vente, à l'acquéreur seul ; en matière d'échange, aux deux échangistes.

Mais, tout en admettant, en principe général, l'existence de l'action en indemnité pour défaut de contenance, il faudra y déroger, comme l'a fait la Cour, dans les cas où des circonstances particulières annonceraient que la contenance aurait été portée au contrat comme simple énonciation, et non comme cause déterminante, et que, malgré cette énonciation, les parties auraient voulu, suivant les expressions de la Cour, échanger *ad corpus*, plutôt que *ad mensuram*.

1785. La Cour d'Aix (14 mai 1813. J. P., 2ᵉ. de 1815, pag. 479) a jugé, que, en matière d'échange d'immeubles, on peut convenir que, si l'un des échangistes vend le fonds qu'il reçoit, l'autre sera libre de le reprendre : « Considérant que, aux termes de l'art. 1172, toute condition stipulée dans un acte doit être observée, à moins qu'elle ne représente une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi ». Ceci est incontestable. Mais voici qui ne

nous paraît pas être autant à l'abri de toute contestation : la Cour a admis le retrait, bien qu'il se fût écoulé plus de cinq ans depuis le contrat d'échange ; « Considérant que cette clause n'offre pas un pacte de rachat proprement dit, mais plutôt une condition résolutoire, qui dépend d'un événement incertain ; que, cet événement arrivé, l'échangiste a dû pouvoir user de la faculté qu'il s'était réservée ; que, au surplus, fallût-il même ne voir dans cette clause du contrat qu'un pacte de rachat, il ne s'ensuivrait pas qu'il fallût juger que l'échangiste fût devenu non recevable à l'exercer, pour ne l'avoir fait que plus de cinq ans après la date de l'acte dans lequel il avait été stipulé ; que, aux termes de l'art. 2257 du Code civil, la prescription ne court qu'à dater du jour où celui à qui on l'oppose a pu agir ; que, dans les circonstances, l'échangiste n'a pu agir que d'après la vente, et qu'il ne peut donc pas être puni de n'avoir pas agi plus tôt ; que toute supposition contraire serait d'autant plus inadmissible qu'elle tendrait à établir qu'une action peut se trouver éteinte avant même d'être née ». La Cour nous paraît avoir mal qualifié la clause en l'appelant *condition résolutoire qui dépend d'un événement incertain*, de la vente que ferait l'acquéreur. Cette vente ne donne pas lieu à la résolution du contrat ; elle permet seulement de racheter l'objet : il y a donc dans cette clause, non pas une condition résolutoire, mais un pacte conditionnel de rachat. Maintenant la question n'est plus que de savoir si on peut reculer, par une condition, le délai fixé

par l'art. 1660, pour l'exercice de la faculté de rachat; or la négative est évidente, d'après le texte de la loi qui fixe, d'une manière absolue, à cinq ans le *maximum* de ce délai, et d'après son esprit, qui a été d'empêcher l'incertitude de propriété, entravant la circulation, et dont les inconvéniens subsistent aussi-bien dans le pacte conditionnel que dans le pacte pur et simple de rachat.

1786. Lorsque le possesseur d'un immeuble a échangé, en son nom, cet immeuble qu'il avait auparavant vendu à un tiers, il résulte de l'échange une présomption légale que ce possesseur a repris, par rétrocession, la propriété de l'immeuble, et la régie peut, en conséquence, prendre le droit proportionnel sur cette rétrocession : « Vû les art. 22 et 38 de la loi du 22 frimaire an VII, et l'art. 4 de celle du 27 ventose an IX » (*Cass.*, sect. civ., 21 décembre 1808, cassant un jugement du trib. de Mirecourt. *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 172). Nous nous contentons d'énoncer ici cette décision, dont les principes ont été expliqués au Contrat de Vente, chap. Ier., sect. 5, tom. V, n°s. 1612 et suiv.

1787. La loi de frimaire fixe pour les échanges un mode de perception différent de celui qu'elle établit pour les ventes. Le droit se liquide « pour les ventes par le *prix exprimé*, en y ajoutant toutes les charges en capital, ou par une estimation d'experts, dans les cas autorisés » (art. 15-6°), c'est-à-dire en cas d'insuffisance de l'évaluation déclarée par les parties (art. 17) ; tandis que pour

les échanges, il se liquide « par une évaluation qui doit être faite en capital, d'après le revenu, multiplié par vingt, sans distraction des charges (art. 15, 4°.).

Mais cet article n'ajoute pas comment sera déterminé ce revenu annuel. Est-ce exclusivement d'après les baux courans? Ou bien les parties, en cas d'exorbitance du prix de ces baux, comme la régie, en cas de leur insuffisance, ont-elles le dorit de requérir une expertise? Cette dernière opinion est celle qu'a adoptée la Cour de cassation (sect. civ., 27 décembre 1820, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Péronne, du 14 octobre 1806. J. P., 2e. de 1821, pag. 366) : « Attendu que l'art. 15, n°. 4 de la loi de frimaire, ne dit pas que l'appréciation de ce revenu annuel sera exclusivement déterminée par les baux existans de ces immeubles, et que les parties ne pourront en requérir le règlement par voie d'expertise; Attendu que le silence du législateur à cet égard doit d'autant plus être pris en considération que, dans les n°s. 7 et 8 du même article, ainsi que dans l'art. 19, qui sont relatifs aux transmissions de propriété ou d'usufruit opérées à titre gratuit ou par décès, la loi n'autorise l'expertise qu'à défaut de baux courans ou autres actes constatant le véritable revenu des biens; qu'il est donc évident que, dans le n°. 4 de son article 15, le législateur a entendu laisser le mode d'évaluation du revenu dans les termes du droit commun, et se référer même à cet égard à la dis position de l'art. 17, qui admet l'expertise en

cas d'insuffisance présumée de l'évaluation déclarée par les parties ; que la seule différence à observer en ce cas, entre l'expertise qui a lieu en matière de vente et celle qui a lieu en matière d'échange, c'est qu'au premier cas l'expertise a pour objet de déterminer la valeur vénale de l'immeuble vendu, par sa comparaison avec les fonds voisins de même nature, tandis qu'au second cas elle a pour objet de déterminer le revenu annuel de l'immeuble échangé, revenu qui, multiplié par vingt, deviendra ensuite la base de la perception ».

1788. Quant au droit à prendre sur les soultes ou retours en matière déchange, l'art. 69, §. 5, 3°. s'exprime ainsi : « Le droit sera perçu sur la valeur d'une des parts, lorsqu'il n'y aura aucun retour ; s'il y a retour, le droit sera payé à raison de 2 pour 100 sur la moindre portion, et *comme pour la vente sur le retour de la plus value* ». Argumentant des derniers mots de cet article, on a prétendu que, spécial pour le retour, il déroge dans ce cas à la disposition générale de l'article 15 ; que, pour ce retour, l'échange est assimilé à la vente ; que la perception sur ce retour doit dès-lors être faite comme sur un prix de vente ; qu'ainsi s'il faut prendre pour base le revenu de l'immeuble, afin de fixer le droit jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble le plus faible, il faut, afin de fixer le droit sur le retour, prendre pour base le montant exprimé de ce retour, ou bien une estimation par experts de la valeur de l'immeuble. Mais la Cour de cassation

(sect. civ., 13 décembre 1809, cassant un jug. du trib. de Saint-Palais, du 9 juillet 1808. *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 143. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 83. — *Id.*, 29 avril 1812, cassant un jug. du trib. de Cambrai, du 2 septembre 1809. J. P., 3e. de 1812, pag. 353) a rejeté cette interprétation et a jugé que la perception doit se faire aussi pour le retour d'après le revenu : « Attendu, dit le second arrêt, que, pour décider la question de savoir, en matière d'échange d'immeubles avec retour ou *plus-value*, s'il faut avoir recours, pour la liquidation du droit, soit à la fixation du prix porté par le contrat, soit à l'expertise, ou si la base est invariablement déterminée, en ce cas, par le revenu des objets échangés, il suffit de remarquer sous quels titres se trouvent placés les art. 15 et 69 de la loi précitée ; que c'est au titre intitulé *des Valeurs sur lesquelles le droit proportionnel est assis, et de l'expertise* c'est-à-dire, au titre qui fixe la base des droits ; que l'art. 15, n°. 4, décide que la valeur de la propriété, quant à la liquidation et au paiement du droit proportionnel, est déterminée, pour les échanges, par une évaluation en capital d'après le revenu multiplié par vingt ; que, à l'art. 69, §. 5, qui se trouve au titre de la fixation des droits, la loi détermine que le droit sera payé pour *les échanges* sur la valeur d'une des parts, à raison de deux pour cent, s'il n'y a aucun retour, et, s'il y a retour, *comme pour vente sur ce retour ou la plus-value* que cette disposition, placée où elle est, annonce assez que le législateur n'entend

parler que de la quotité du droit qu'il fixe comme il l'a spécifié pour le cas de vente, c'est-à-dire à quatre pour cent ; qu'il ne déroge en rien au mode d'évaluation pour la liquidation du droit sur les échanges d'immeubles, dont il s'est occupé nominativement au n°. 4 de l'art. 15, et qu'il a déterminé d'après le revenu ; que, quoique ce contrat d'échange avec soulte ou plus-value participe du contrat de vente, la loi du 22 frimaire ne le considère, sous ce rapport, que pour la fixation du droit ; mais l'objet principal d'un pareil contrat étant l'échange, elle n'a rien changé au mode et à la base de l'évaluation fixée à cet égard par le n°. 4 ; qu'en allant chercher une autre base dans ce qui est prescrit au n°. 6, pour les ventes pures et simples, adjudications, licitations, etc., c'est déplacer les dispositions, pour les appliquer aux échanges avec soulte ou plus-value ».

Ces arrêts et ces motifs paraissent au premier coup d'œil en opposition avec l'arrêt précédent ; mais n'y sont réellement pas : « Attendu, dit la Cour de cassation dans l'arrêt précédent, que les deux arrêts de la Cour, des 13 décembre 1809 et 29 avril 1812, n'avaient pas à statuer sur cette question (celle de savoir si l'expertise pouvait être requise pour l'évaluation du revenu), mais seulement sur celle de savoir si, en cas d'échange, la plus-value doit être évaluée d'après le mode relatif aux échanges, ou d'après celui relatif aux ventes ». En effet, l'arrêt du 27 décembre 1820 décide que le droit sur le total de l'échange, lorsqu'il

n'y a pas de retour, doit être perçu sur la valeur de l'immeuble fixée par le revenu; mais que ce revenu peut être fixé lui-même par estimation; et les arrêts des 13 décembre 1809 et 29 avril 1812 jugent que, lorsqu'il y a retour, la base du droit à percevoir sur le retour doit être, non pas une estimation faite de la valeur de l'immeuble, mais le montant des revenus, sans dire que le montant de ces revenus ne pourra pas être fixé par une estimation d'experts.

1789. Lorsque, sans qu'il y ait stipulation en retour pour plus-value, l'un des deux immeubles échangés se trouve grevé de plus de charges que l'autre, il y a lieu de percevoir le droit de vente sur la plus-value résultante, pour l'un des immeubles, de l'infériorité des charges; « Vu l'art. 25, §. 3, n°. 6, de la loi du 22 frimaire an VII, portant que la valeur des immeubles transmis à titre onéreux, est déterminée, pour la liquidation et le paiement du droit proportionnel, par le prix exprimé dans les contrats, *en y ajoutant toutes les charges en capital;* et attendu que les biens cédés par R*** à B***, par le contrat d'échange, passé entr'eux le 17 pluviose an XI, sont grevés d'une rente annuelle qui excède de 175 fr. 75 c. celles affectées sur les biens donnés en contr'échange par celui-ci audit R***; d'où il suit que l'estimation faite par les parties à 5000, pour la valeur de chaque portion échangée, ne peut être exacte; que, en conséquence, le receveur de l'enregistrement a été bien fondé à percevoir le droit proportionnel sur la plus-value dont il s'agit, puisqu'elle est

une charge dont le capital, représentatif de la partie de la valeur des biens, a dû être formé pour recevoir le droit en résultant » (*Cass.*, sect. civ., 14 ventose an XIII, cassant un jug. du trib. de Pamiers du 13 floréal an XI. *Répertoire de Jurisprudence,* tom. IV, pag. 469).

TITRE HUITIÈME.

Du Contrat de Louage.

Dispositions générales. — Du louage des choses. — Du louage d'ouvrage et d'industrie. — Du bail à cheptel.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

1790. *Des diverses espèces de louage.*

1790. Le contrat de louage est une convention par laquelle l'un des contractans s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose, ou d'un travail ou service pendant un tems déterminé, moyennant un prix que l'autre s'oblige de lui payer (art. 1709 et 1710 du C. C.).

Il y donc deux sortes de louage : celui des choses, et celui du travail.

Dans le louage des choses, l'obligation de faire jouir consiste à remettre la chose en la possession du preneur, et à entretenir cette chose dans l'état convenable pour qu'il en fasse l'usage auquel elle est propre, et qu'il en perçoive les fruits ou revenus, ou qu'il en fasse seulement l'usage particulier convenu entre les parties. C'est de cette obligation de remettre ou livrer la chose qu'est venu le mot de *bail*, qui signifie tradition réelle : car bailler c'est remettre de la main à la main. « On appelle *bail à loyer* le louage des maisons

et des meubles ; *bail à ferme* celui des héritages ruraux ; *bail à cheptel* celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie » (*Voy.* l'art. 1711 du Code civil).

La possession donnée au preneur n'est que la possession naturelle ou utile. Le bailleur conserve la possession civile ; ensorte que le premier est réputé civilement posséder pour le bailleur. Il prescrit donc pour et jamais contre le bailleur.

Dans son sens propre et général, le mot de *bail* ne s'applique pas seulement au louage. Ainsi l'on appelait, dans l'ancien droit, *bail à rente foncière* ou *à fief*, la vente du domaine, sous la réserve d'une rente retenue sur le fonds.

Dans le louage du travail, l'obligation de faire jouir consiste à faire le travail ou à donner les services promis, ou à confectionner et livrer l'ouvrage convenu. Le louage du travail ou du service se nomme en général *loyer ;* la convention pour l'entreprise d'un ouvrage s'appelle *devis*, *marché*, ou *prix fait.*

Le tems du louage des choses est ordinairement déterminé à un certain nombre d'années, de mois, ou de jours, et quelquefois d'heures seulement. Les règles pour la fixation de ce tems varient suivant la nature des choses louées, ou suivant l'usage pour lequel elles sont louées.

Le tems du louage du travail varie aussi suivant la nature de l'ouvrage ou des services promis.

Ou on loue à quelqu'un tous les services qu'on peut lui rendre, comme dans l'état de domesticité : ou un certain genre de services comme

celui d'ouvrier de ferme, de jardinier, de commis, de remplaçant militaire, etc. : et alors, ou le tems est déterminé à un certain nombre d'années, ou de mois, ou de jours, ou d'heures, ou sa durée est laissée au choix de chacune des parties, sous la condition tacite ou expresse de s'avertir un certain tems d'avance.

Ou bien on s'engage à faire et livrer un certain ouvrage, dont la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage doit être fait, condition nécessaire pour qu'il y ait alors simple louage du travail de l'ouvrier, et non vente de la chose à faire : dans ce cas, le tems est déterminé par l'époque convenue pour la livraison de l'ouvrage ; et faire jouir du travail loué, c'est confectionner l'ouvrage de manière à pouvoir le terminer et le livrer au tems promis.

CHAPITRE II.

Du Louage des choses.

Des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.— Des règles particulières aux baux à loyer. — Des règles particulières aux baux à ferme.

SECTION PREMIÈRE.

Des Règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.

1791. *Une promesse de bail doit-elle, pour être valable, être faite en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées?*

1792. *La délivrance des arrhes est-elle un commencement d'exécution qui valide une promesse de bail faite séparé-*

ment, quelque tems auparavant ou après, mais non faite en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées ?

1793. *Lorsqu'une promesse d'un nouveau bail est faite pendant l'existence d'un autre bail, elle est présumée y référer pour les conditions auxquelles elle n'a pas expressément dérogé.*

1794. *Une des parties ne peut se refuser à l'exécution d'un bail, et en obtenir la résiliation au moyen de dommages-intérêts.*

1795. *La défense de céder son droit au bail comprend-elle celle de sous-louer ?*

1796. *L'infraction à la défense de sous-louer donne droit au bailleur de demander la résiliation, même quand il ne s'agit que de la sous-location d'un domaine faite par un fermier dont le bail en comprend plusieurs.*

1797. *Le juge ne peut accorder au preneur qui a fait infraction à cette clause un délai dans lequel il sera tenu d'entrer lui-même en jouissance.*

1798. *Le preneur ne peut s'en affranchir en offrant caution pour ses sous-locataires :*

1799. *Ni en offrant au locateur la faculté de sous-louer lui-même, à titre d'indemnité, la différence qui existerait entre le prix du nouveau bail et celui du bail primitif :*

1800. *Mais la résiliation pour violation de la défense de sous-louer ne s'opère pas de plein droit ; elle a besoin d'être demandée en justice.*

1801. *L'obligation, imposée par le cahier des charges d'adjudication d'un bail général, de ne point exiger des sous-locataires une rétribution au-delà d'une quotité déterminée cesse, lorsque les sous-locataires ont réclamé de l'adjudicataire des obligations nouvelles.*

1802. *Il n'est pas besoin d'adjuger aux enchères publiques les baux des mineurs ou des interdits.*

1803. *L'art. 725 du Code civil dispense-t-il le bailleur de la garantie du défaut d'entrée en jouissance résultant de ce que des fermiers par bail antérieur, qui avaient été con-*

damnés à déguerpir, refusent de céder les lieux au nouveau possesseur?

1804. *L'obligation d'entretenir les baux faits par l'usufruitier ne s'applique pas aux baux faits à vil prix, quand même le preneur proposerait une augmentation de prix.*

1805. *Division des conditions en potestatives, casuelles, ou mixtes.*

1806. *L'événement d'une condition résolutoire purement casuelle opère de plein droit la résiliation du contrat, sans qu'il soit besoin de le soumettre à l'arbitrage du juge.*

1807. *Il en est autrement des conditions résolutoires potestatives ou mixtes.*

1808. *Distinction entre la condition résolutoire énoncée et celle sous-entendue au bail.*

1809. *Dans le cas de l'énonciation d'une telle condition, résiliation prononcée, faute d'avoir fait des ouvrages dans le délai voulu :*

1810. *Faute de paiement de plusieurs quartiers de fermages après mise en demeure constatée par commandement.*

1811. *Quand il n'existe pas de clause expresse, pour quelle quantité de loyers ou de fermages non payés, la résiliation du bail peut-elle être prononcée?*

1812. *Lorsque le bail est sans date certaine l'acquéreur, qui a le droit d'expulser le preneur n'est pas tenu d'observer le délai ordinaire des congés suivant l'usage des lieux.*

1813. *Dans tous les cas le vendeur, qui n'a point obligé l'acquéreur à entretenir les baux sous signatures privées sans date certaine, est tenu d'indemniser le locataire ou fermier évincé.*

1814. *L'acquéreur, qui a eu connaissance d'un bail authentique constatant le paiement par anticipation de plusieurs années de loyers ou de fermages, ne peut, même comme subrogé aux créanciers hypothécaires qu'il aurait payés, exiger du preneur le paiement de ces loyers ou fermages, à compter du jour fixé par le contrat d'acquisition pour l'entrée en jouissance.*

1815. *Un locataire ou fermier peut-il lui opposer des paiemens par anticipation qui ne sont constatés que par des quit-*

tances sous seing-privé, n'ayant point de date certaine antérieure à la vente ?

1816. *Quel est le sort des baux faits par le fol enchérisseur ?*

1817. *Le bailleur, qui s'est réservé d'expulser le preneur, doit, faute de conventions contraires, se conformer aux délais fixés par l'art. 1748 du Code civil.*

1818. *Est sujet au droit de quatre pour cent, comme bail de durée limitée, le bail fait pour un temps fixé, mais avec la condition que celle des parties qui voudra se désister sera tenue d'avertir l'autre d'avance, dans un délai convenu, sinon que le bail continuera sans terme jusqu'à ce que l'une ou l'autre fasse sa renonciation de la même manière, aux mêmes clauses et conditions.*

1819. *Les locations verbales ne sont pas sujettes au droit d'enregistrement :*

1820. *Non plus que les locations par tacite reconduction.*

1791. Il est hors de doute que la promesse de bail est valable ; qu'elle oblige à la réalisation du bail ; et que dès-lors on peut dire que promesse de bail vaut bail, comme promesse de vente vaut vente.

Mais doit-elle être faite double ? L'art. 1325 du Code civil dit « que les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». La question que nous venons de poser se réduit donc à celle de savoir si la promesse de bail est un acte synallagmatique ou un acte unilatéral.

Elle peut être l'un et l'autre. Il est possible qu'une partie se soit engagée à donner ou à prendre un bien à bail, si bon semblait à l'autre

partie ; alors il y a obligation de la part seulement de l'une des parties, et l'acte par conséquent est unilatéral (art. 1102 du Code civ.), et n'a pas besoin d'être fait double (argum. de l'art. 1325 du Code civ.). Mais ce cas est nécessairement fort rare ; et comme personne n'est présumé vouloir contracter d'engagement gratuit, sans réciprocité, il faudra regarder la promesse de bail comme un acte synallagmatique, à moins que le contraire ne résulte clairement de sa rédaction, et dès-lors exiger qu'elle soit faite double, aux termes de l'art. 1325 du Code civ.

1792. Cet article 1325 du Code civil ajoute : « Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.—Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte ».

Faudra-t-il regarder la délivrance d'arrhes comme un commencement d'exécution qui dispense de cette mention et valide une promesse de bail faite quelque tems après ou auparavant, mais non faite en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées ? La Cour de Paris (13 mars 1820. J. P., 1er. de 1821, pag. 102. — *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 171) a jugé l'affirmative : « Attendu que, en recevant ladite somme, ils ont contracté un double engagement ; que si elle a été payée d'avance, il n'y avait alors qu'un bail verbal, qui a cessé de l'être par la promesse qui en a été faite depuis, et qui ne leur permet pas

d'invoquer l'art. 1590 ; que si, au contraire, le paiement a été fait à l'instant, ou après ladite promesse, ils l'ont exécutée et ne peuvent revenir contre : .... qu'il faut distinguer, suivant *Pothier*, dans son *Traité du Contrat de vente*, auquel il assimile le contrat de louage, deux espèces d'arrhes, celles qui se donnent avant le marché conclu, et celles qui se donnent après ; que, dans le premier cas, celui qui les donne consent de les perdre à défaut d'exécution, et que celui qui les reçoit s'oblige de les rendre au double ; que, dans le deuxième cas, au contraire, si les arrhes sont d'une certaine valeur, comme dans l'espèce, il décide qu'on ne peut guère les considérer comme les arrhes d'un marché seulement, mais comme la preuve ou le témoignage d'un marché conclu et arrêté. — Attendu que les articles 1714 et 1715 consacrent le principe que le contrat de louage se forme par le seul consentement sur la chose qui est louée et sur le prix, posé par le même *Pothier*, et rappelé par l'orateur du gouvernement qui a exposé les motifs de la loi ; que, en exigeant un écrit pour la preuve du contrat de louage, ou l'aveu des parties, le législateur s'est bien gardé de proscrire, comme ne pouvant être opposé à la partie qui nie le fait, l'écrit formant contrat unilatéral émané de la partie même à laquelle on l'oppose, et contenant un aveu de l'exécution du contrat ». Nous admettons, comme la Cour de Paris, que l'art. 1590, relatif à la promesse de vendre, s'applique également à la promesse de louer, parce que le louage participe de la

vente, et est soumis aux mêmes règles générales (1). Mais nous ne pensons pas, comme la même Cour, que les arrhes données à l'instant de la promesse puissent être considérées comme l'exécution de la promesse, et qu'elles ne permettent plus aux contractans de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double. L'art. 1590 est textuellement contraire à cette proposition, puisqu'il statue expressément sur la promesse faite avec des arrhes, et par conséquent sur les arrhes données à l'instant de la promesse. Les arrhes ne peuvent être considérées comme une simple exécution de la promesse que lorsqu'elles ont été faites séparément de la promesse, et quelque tems avant ou après elle, ainsi que nous allons l'établir.

Sans doute il faut reconnaître en principe que toute promesse acceptée engage le promettant, à moins que, de la nature ou des termes ou des circonstances de la promesse, il n'apparaisse que le promettant n'a pas entendu se lier; et les art. 1589 et 1590 du Code civil ne sont que des applications diverses, mais exactes, de cette règle générale. Si, aux termes de l'art. 1589, la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix (2), c'est que les auteurs du Code

---

(1) Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni : hisdemque juris regulis constitit. L. 2, ff., *Locat. conduc.* — Voy. M. de Maleville, sur l'art. 1721.

(2). Quando omnia ad substantiam actûs requisita prœstò sunt. Dumoulin *Consil.* 30, n° 7.

ont pensé qu'il ne résulte pas de la nature seule de la promesse de vendre que les parties n'ont pas entendu se lier. Mais, en ajoutant, par l'art. 1590, que « si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractans est maître de s'en départir », ils ont attaché aux arrhes données lors de la promesse le caractère de circonstance indicative de l'intention de ne pas se lier; et ils n'ont fait en cela que maintenir une règle d'interprétation reçue dans l'ancien droit français, et tirée de la loi 17, C. *de Fide instrum*. Lorsque les arrhes n'ont pas été données dans le même tems que la promesse a été faite et acceptée, mais quelque tems auparavant, ou quelque tems après, la règle d'interprétation prescrite par le Code civil, quant à la promesse, cesse, puisque l'art. 1590 ne parle que de la promesse faite avec des arrhes, et que celle dont nous parlons ici est une promesse sans arrhes, telle que celle qui fait l'objet de l'art. 1589 du Code civil. La dation d'arrhes forme, il est vrai, un contrat particulier qui, si elle accompagne une proposition ou promesse de marché, la rend résoluble, au gré de chacun des deux contractans : mais, si la promesse de marché est faite séparément, quelque tems après ou avant la dation d'arrhes, cette promesse opère un engagement simple, et non conditionnel, régi seulement par l'art. 1589, et la dation d'arrhes n'est plus une présomption légale suffisante pour rendre cet engagement résoluble. Du moins on ne peut trouver cette présomption légale dans aucun texte du Code civil. La dation d'arrhes, faite

quelque tems avant la promesse, contient, par elle-même une proposition de marché; la promesse faite ensuite est la conclusion du marché, la renonciation à la résolubilité qui résultait du contrat d'arrhes: et la dation d'arrhes, faite quelque tems après la promesse, n'a pas, par elle-même, le pouvoir d'ôter à la promesse le caractère d'engagement simple, et non conditionnel, qu'elle avait acquis; c'est ce qui résulte de la conférence que nous venons de faire de l'art. 1589 avec l'art. 1590. Nous estimons néanmoins que, les contractans étant maîtres en tout tems de se départir, par un commun accord, d'un engagement simple, et de le convertir en un engagement conditionnel ou résolutoire, sauf les droits acquis aux tiers, ils peuvent, même long-tems après, l'un donner des arrhes, et l'autre les recevoir, avec l'intention de modifier ainsi leur première convention. Mais on ne doit pas être présumé facilement avoir consenti à cette conversion, pas plus qu'à toute autre mutation de contrat. Si donc les cours, juges de la volonté des parties, peuvent, d'après les circonstances, interpréter ainsi les arrhes données ultérieurement, parce que le Code n'a posé aucune règle d'interprétation pour ce cas particulier, il n'en sera pas moins vrai de dire que, dans le silence des parties, la meilleure règle d'interprétation à appliquer à ces arrhes tardives est celle que nous a donnée Pothier, ainsi que l'a dit la Cour de Paris, dans les *attendus* ci-dessus rapportés, celle de les regarder comme la preuve d'un marché conclu et arrêté.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, les arrhes avaient été données quelque tems avant la promesse. La Cour a jugé avec raison que la promesse était la conclusion simple, et non conditionnelle, du louage, dont la proposition verbale avait été implicitement faite par la dation d'arrhes. Nous n'avons donc entendu désapprouver que le *considérant*, dans lequel elle suppose que les arrhes, données à l'instant de la promesse, ne la rendent pas plus conditionnelle ou résoluble que celles données après.

Dès que les arrhes, données séparément de la promesse, et quelque tems avant ou après, n'ont plus par elles-mêmes le pouvoir de la rendre résoluble au gré de chacune des parties, il est clair qu'elles peuvent être considérées par les Cours comme une exécution de la promesse : car, ne pouvant être perdues ou restituées au double qu'avec désistement de la promesse, sitôt que cette faculté de se désister cesse, elles ne sont plus qu'une exécution de la promesse, et dès-lors elles rendent valable la promesse, qui eût été nulle, faute d'avoir été faite en deux doubles : et, dans ce sens, la Cour nous paraît encore avoir bien jugé. Faisons remarquer que, dans toute cette dissertation, nous avons parlé des arrhes données dans le cas de promesse de louage, et non de celles qui seraient données dans le cas de louage. Nous renvoyons, pour ces dernières, à ce que nous avons dit au titre *de la Vente*, tom. V, n°. 1575.

1793. Lorsqu'une promesse d'un nouveau bail

a lieu pendant l'existence d'un bail sans qu'on y ait fait mention de toutes les conditions, on doit présumer que les parties ont voulu s'en rapporter, pour le nouveau bail, à toutes les clauses du bail préexistant, autres que celles auxquelles il a été expressément dérogé par la promesse. Ainsi jugé par la Cour de Bruxelles, relativement à la durée du nouveau bail (Bruxelles, 31 décembre 1807 J. P., 1er. de 1810, pag. 360).

1794. Nous avons exposé au titre du contrat de vente, tom. V, n°. 1648, les principes de l'obligation de délivrance. Nous y avons montré qu'elle ne se résout point en dommages-intérêts, et que chaque partie peut en réclamer la stricte exécution. Ces principes, que nous avons développés relativement à la vente, s'appliquent, par les mêmes raisons, au bail et à tout autre contrat de cession. Si c'est le bailleur ou locateur qui se refuse à l'exécution du bail, on peut ordonner qu'il sera tenu de livrer les lieux au preneur ou locataire. Si le refus vient de celui-ci, on peut ordonner qu'il sera contraint à assurer les droits du propriétaire, en garnissant les lieux de valeurs suffisantes, en donnant caution du paiement, ou en déposant le montant des loyers ou fermages, des réparations ou des dépenses d'entretien ou de culture, probables et évaluées.

La jurisprudence est conforme à ces principes.

Avant le Code civil, le tribunal d'appel de Paris (7 nivose an X. *Sirey*, tom. II, 2e. part., pag. 117) a ordonné l'exécution stricte d'une

promesse de bail contre les preneurs, qui voulaient la faire résoudre en des dommages-intérêts. Et depuis le Code, la Cour de Cassation (sect. civ, 12 février 1812, cassant un jug. du trib. de Mayence. J. P., 2e. de 1812, pag. 386.—*Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 214. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag 290) a jugé dans le même sens contre un locataire, qui, demandant la résiliation d'un bail, sur le motif qu'il ne voulait plus habiter la maison et que la faculté de sous-louer lui était interdite, offrait de résoudre son obligation en dommages-intérêts. Mais les motifs de l'arrêt ne nous paraissent pas à l'abri de la critique. La Cour, au lieu de s'appuyer sur les principes que nous avons développés, tom. V, no. 1648, et qui nous semblent fondamentaux, tire tous ses argumens du texte de l'art. 1717 du Code civil, de ces mots que la clause de ne pouvoir sous-louer *est toujours de rigueur ;* d'où elle conclut que « si le preneur, qui ne voudrait pas exécuter la clause du bail par laquelle il lui aurait été interdit de sous-louer, en était quitte pour des dommages-intérêts, soit en sous-louant, soit en faisant prononcer la résiliation du bail, il ne serait pas vrai que la clause fût toujours de rigueur ». Nous croyons voir deux contre-sens dans cette interprétation des mots de l'art. 1717 du Code civil. D'abord, si on veut lire attentivement cet article, on verra qu'il a songé à exprimer, non la force de cette clause, mais la nécessité de l'énoncer, la défense de la suppléer ; car les mots que la *clause est toujours de rigueur* viennent après ceux qui

permettent l'insertion de la clause (1). Mais, supposant même que les termes de l'article eussent rapport à la force de la clause, que feraient-ils à la question? Le locataire fût-il condamné seulement à payer des dommages-intérêts, et le propriétaire, rentré en jouissance, fit-il un bail à un autre, il n'y aurait pas sous-location ni cession par le premier locataire ; et la clause qui lui défend de sous-louer ou de céder n'en serait pas moins restée de rigueur. L'art. 1717 du Code civil n'a donc point trait à la question. Mais c'est avec raison que la Cour a dit que « l'art. 1760, portant que, en cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le tems nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus, ne s'applique qu'au cas où le locateur demande la résiliation du bail par la faute du locataire, mais non pas au cas où c'est le locataire lui-même qui demande la résiliation, et qui la demande sans motifs fondés sur la loi, et uniquement pour ne pas exécuter les engagemens qu'il a contractés dans le bail ». Cette observation de la Cour est juste. Elle eût seulement dû en donner une autre raison que l'antinomie qui eût alors existé entre cet article et l'art. 1717, puisque, de quelque manière que soit entendu l'art. 1760, il ne peut se trouver en opposition

---

(1). « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. — Elle peut être interdite pour le tout ou partie. — Cette clause est toujours de rigueur » (art. 1717 du C. C.).

avec l'art. 1717, qui ne s'occupe pas du même objet. L'interprétation donnée par la Cour à l'art. 1760 eût dû se tirer des règles que nous avons énoncées n°. 1648.

1795. L'art. 1717 porte que « le preneur a le droit de sous-louer, *et même* de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ». On voit que cet article distingue entre la faculté de céder le bail et celle de sous-louer; et c'est avec raison. La sous-location n'est qu'un usage du droit du locataire ; mais la cession de ce droit a lieu lorsqu'il transporte son bail et qu'il délègue son bailleur à son sous-locataire.

Si ces deux facultés sont différentes, il s'ensuit que l'interdiction de l'une n'emporte pas celle de l'autre.

Ainsi la Cour d'Angers (27 mars 1817. J. P., 2e. de 1818, pag 104. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 234. —*Denevers*, tom. XVI, 2e. part., pag. 39) a jugé que le preneur, malgré la clause générale qu'il ne pourrait céder son droit au bail sans le consentement formel et par écrit du bailleur, avait pu faire une sous-location partielle, qui ne changeait pas la distinction de la chose. A l'appui de cet arrêt, on peut dire aussi que, dans le premier projet du Code civil, à la suite de l'article 1717 se trouvait cette disposition : « Quand le bail a pour objet une maison d'habitation entière, et qu'il ne porte que la défense de céder, le preneur peut en sous-louer une partie » ; et que cette disposition fut retranchée, comme ne pouvant souffrir aucune difficulté.

La Cour eût-elle jugé de même si la totalité de la maison eût été sous-louée? Nous ne le croyons pas. A la vérité, dans son premier considérant, elle a distingué la faculté de sous-louer de celle de céder le droit au bail; « Considérant que, par le bail, la faculté de sous-louer n'a point été interdite; qu'on a seulement interdit la faculté de céder le droit au bail » : mais ensuite, elle paraît se déterminer uniquement sur ce que la sous-location n'est que partielle; « Considérant que les preneurs n'ont sous-loué *qu'une* portion des objets compris au bail ».—La Cour semblerait donc penser qu'il faudrait décider autrement si la totalité eût été sous-louée; et alors, reconnaissant avec raison une différence entre la cession du bail et la sous-location, elle placerait à tort cette différence dans celle du tout à la partie. Au surplus, quelle que soit, à l'égard de cette dernière question, l'opinion de la Cour, la nôtre est que l'interdiction de la cession du bail ne comprend pas l'interdiction de la sous-location, même totale, d'après la nature de la différence que nous avons expliquée plus haut. Et, en faveur de notre opinion, nous argumenterons aussi des expressions de l'art. 1717, qui suivent le paragraphe cité plus haut. Dans le §. II, le législateur ajoute : « Cette faculté (celle de sous-louer ou de céder son bail) peut être interdite pour le tout ou partie ». La cession peut donc être partielle, comme la sous-location; ce n'est donc pas, dans la différence d'étendue des objets cédés qu'il faut chercher une différence entre la cession

de bail et la sous-location. Cette opinion nous paraît devoir surtout être admise lorsque la sous-location totale a lieu par diverses portions, et non à une seule personne ; car alors il n'y a pas une sous-location générale, mais plusieurs sous-locations partielles ; on peut même ajouter, à l'égard des baux de maisons, que ce n'est souvent que dans la vue de sous-louer ainsi partiellement qu'on prend à bail une maison entière.

Il existe, il est vrai, un arrêt de la Cour de Paris (7 août 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 19) qui juge qu'un locataire à qui il avait été interdit de céder son droit au bail *en tout ou en partie* n'avait pas pu sous-louer aucune portion. Mais il faut observer que la Cour semble avoir été déterminée par une circonstance particulière, par celle qu'un bail précédent fait entre les mêmes parties, et dont le nouveau était la suite, portait simplement l'interdiction de céder *le droit au bail*, et que dans le nouveau il avait ajouté *en tout ou en partie* : « Considérant qu'il résulte du rapprochement tant du bail dont il s'agit que de celui qui l'a précédé, et aussi des diverses circonstances de la cause, que la volonté des parties a été d'entendre par ces expressions *céder en partie* la prohibition de sous-louer ». Dans ce considérant, la Cour montre donc qu'elle admet la différence réelle des expressions, et ne les déclare synonymes que parce que les parties les ont employées comme telles.

La Cour avait ce droit d'interprétation dans l'espèce, parce que les parties ne s'étaient pas servi des expressions *céder le bail en tout ou en*

partie, dont le Code a déterminé le sens particulier dans l'artticle 1717, en l'opposant aux expressions de *sous-louer en tout ou en partie* : elle avaient employé une expression plus générale, *céder leur droit au bail*, *en tout ou en partie*. Or, la sous-location entière ou partielle, bien qu'elle ne confère que l'usage entier ou partiel du bail, peut être considérée comme conférant une partie *du droit* au bail; car, de même qu'on divise le droit de propriété en usufruit et en nue propriété, et l'usufruit même en droit d'usage et en droit à la perception des fruits, pareillement le droit au bail peut se diviser en droit d'usage de la chose louée et en droit à faire exécuter par le bailleur son obligation de faire jouir. Sous-louer c'est donc céder en partie son droit au bail; ou au moins la Cour a pu, d'après les circonstances, interpréter ainsi ces dernières expressions, parce qu'elles étaient autres que celles dont le Code a déterminé le sens.

1796. Après avoir parlé de la clause prohibitive de sous-location ou de cession du bail, l'art. 1717 du Code civil ajoute que « cette clause est toujours de rigueur ».

De cet article et de l'art. 1741, qui dit que « le contrat de louage se résout par.... le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagemens », il suit que son infraction donne le droit au bailleur de faire résilier le bail. Il n'y aurait point lieu de décider différemment lorsqu'il ne s'agirait que de la sous-location d'un domaine faite par un fermier dont le bail en comprendrait plusieurs; d'abord parce que les

articles cités plus haut ne font point de distinction; ensuite, parce que le fermier ne pourrait alléguer l'impossibilité où il serait de faire valoir tout par lui-même, puisque, en souscrivant à la clause, il aurait lui-même reconnu la possibilité de l'exécuter (*Cass.*, sect. civ., 12 mai 1817, cassant un arrêt de la Cour de Bourges du 24 avril 1815. J. P., 2e. de 1817, pag. 302. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part. pag. 248. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 373).

1797. De plus, le juge ne peut accorder au preneur qui a fait infraction à cette clause, un délai dans lequel il sera tenu d'entrer lui-même en jouissance; mais il doit tout de suite prononcer la résiliation du bail : « Attendu, dans le droit, que la faculté laissée au juge par l'article 1184 d'accorder un délai pour l'exécution du contrat avant d'en prononcer la résolution, ne peut s'étendre au cas prévu par l'art. 1717, d'après lequel la clause qui prohibe à un fermier de sous-louer ou céder son bail *est toujours de rigueur;* que la rigueur attachée à cette clause par la loi, et si bien motivée par l'intérêt du bailleur, serait absolument vaine si le juge, sans égard à l'infraction qui y aurait été commise, autorisait cependant le preneur à conserver la jouissance de son bail (Colmar, 16 août 1818. J. P., 3e. de 1818, pag. 232. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 27).

1798. Par la même raison, le preneur ne peut s'affranchir de l'observation de cette clause en offrant caution pour ses sous-locataires; et, le

cas de la résiliation étant arrivé, par la seule infraction de la clause, cette résiliation, doit être prononcée contre lui, malgré ses offres de caution : car le bailleur, en exigeant que le preneur ne sous-loue point, peut avoir eu d'autres raisons que celle de la solvabilité du sous-locataire (Paris, 16 juin 1812. J. P., 3ᵉ. de 1812, pag. 133).

1799. Il ne peut non plus s'affranchir de cette clause en offrant au locateur de louer lui-même à d'autres personnes, et de lui payer, à titre d'indemnité, la différence qui existerait entre le prix du nouveau bail et celui du bail primitif : et le refus du locateur ne donne pas plus au locataire le droit de demander la résiliation du bail que celui de sous-louer : « Considérant que les offres faites par le preneur n'empêcheraient pas que la clause du bail fût rompue, puisqu'il s'ensuivrait toujours que, par la seule volonté du preneur, et contre la volonté du locateur, l'interdiction de sous-louer se trouverait abrogée de fait; qu'ainsi le preneur pourrait faire résilier ou changer le bail, par la seule raison qu'il ne voudrait plus l'exécuter; et qu'en définitive la clause qui interdirait la faculté de sous-louer se trouverait purement comminatoire et sans effet; que cette violation manifeste de l'art. 1717 du Code civil ne peut pas seulement donner lieu à des dommages et intérêts contre le preneur qui refuse d'exécuter; que l'art. 1760 ne s'applique qu'au cas où le locateur demande la résiliation du bail par la faute du locataire, mais non pas à celui où c'est le locataire lui-même qui la

demande sans motifs fondés sur la loi, et uniquement pour ne pas exécuter la clause du bail; qu'autrement, si le locataire, qui ne voudrait pas exécuter la clause du bail par laquelle il lui aurait été interdit de sous-louer, en était quitte pour des dommages et intérêts, soit en sous-louant, soit en faisant prononcer la résiliation du bail, il ne serait pas vrai que la clause fût *toujours de rigueur;* qu'on ne pourrait donc concilier avec la disposition expresse et littérale de l'art. 1717 l'application qu'on voudrait faire au cas présent de la disposition de l'art. 1760 ». (*Cass.*, sect. civ., 26 février 1812, cassant un jug. du trib. de Mayence. J. P., 2e. de 1812, pag. 386).

1800. Si la défense de sous-louer, portée dans un bail, n'est point une clause comminatoire, mais bien au contraire une clause toujours de rigueur, néanmoins la résolution du bail principal ne s'opère pas de plein droit, mais doit être demandée en justice. C'est ce qui résulte du rapprochement des art. 1184, 1741, 1766 et 1717 du Code civil. Il s'ensuit que, lorsqu'un locataire est contrevenu à la défense qui lui avait été faite de sous-louer, l'action du propriétaire en résolution du bail ne doit pas être admise, si la sous-location a été résiliée avant la demande en justice, et si d'ailleurs le propriétaire n'allègue aucun préjudice causé par cette sous-location (*Cass.*, sect. des req., 13 décembre 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 23 mars 1820. J. P., 3e. de 1821, pag. 59).

1801. Il est hors de doute que l'adjudicataire

d'un bail général ne pourra percevoir des sous-locataires une rétribution supérieure à celle que, par le cahier des charges, on lui aura défendu de dépasser. Mais cette obligation cesse lorsque les sous-locataires ont réclamé de lui des obligations nouvelles ; car l'augmentation devient alors le prix de ces nouvelles obligations et l'objet d'un contrat nouveau, qui n'est point une violation du contrat d'adjudication, dont il est entièrement indépendant, et qui peut être stipulé aussi bien par cet adjudicataire que par toute autre personne (*Cass.*, sect. civ., 15 février 1819, cassant un arrêt de la Cour de Rouen du 11 décembre 1817. J. P., 3e. de 1819, pag. 289).

1802. D'après les art. 450, 509 et 1718 du Code civil (1), il est évident que les baux des mineurs des interdits ne doivent pas nécessairement être adjugés aux enchères publiques; « que le tuteur a seul droit de passer, dans l'intérêt du mineur ou de l'interdit, les baux de ses biens ; que ces baux doivent avoir leur exécution, de quelque manière

---

(1). « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils. — Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. — Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille » (art. 450 du C. C.).

« L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits » (art. 509 du C. C.).

« Les articles du titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des Époux*, relatifs aux baux des biens des femmes mariées, sont applicables aux baux des biens des mineurs » (art. 1718 du C. C.).

qu'ils aient été faits, tant qu'il n'est pas établi, par des faits concluans, qu'il a existé un concert frauduleux entre le tuteur bailleur et les preneurs » (*Cass.*, sect. civ., 11 août 1818, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 1er. juillet 1816. J. P., 2e. de 1819, pag. 513).

1803. L'art. 1725 du Code civil dit que « le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du *trouble* que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs *aucun droit sur la chose louée;* sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel ». La Cour de Nîmes (26 juin 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 311. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 480) a cru devoir, d'après cet article, dispenser un bailleur de la garantie du défaut d'entrée en jouissance, résultant de ce que des fermiers par bail antérieur, qui avaient été condamnés à déguerpir, refusaient de céder les lieux au nouveau preneur : « Considérant, en droit, que le bailleur à terme n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par des voies de fait à sa jouissance, lorsque ce trouble n'est pas la suite d'une action concernant la propriété du fonds ; — Considérant que, même dans ce cas, le trouble ne donne pas lieu au résiliement du bail, mais seulement à la remise de la totalité ou d'une partie du loyer pendant la durée du trouble et de l'action qui l'occasionne ; que cela résulte des art. 1725 et 1726 du Code civil ; — Considérant, en fait, qu'il n'y a aucune action intentée de la part de personne contre le sieur

B... (le bailleur), tendant à lui disputer la propriété des biens dont il s'agit; que cette propriété lui est assurée, contre ses anciens locataires perpétuels, par des jugemens qui ont acquis la force de la chose jugée, et qui ne sont pas attaqués; — Considérant que ledit sieur B... fut mis en possession réelle et effective de ses biens par un officier ministériel, et d'après un procès-verbal authentique et régulier; que les droits attachés à cette possession furent transmis à J... (le preneur) par son bail à ferme; que, devenu, par ce bail, propriétaire des fruits des biens affermés, c'est à lui à les défendre contre la violence et les voies de fait; que mal à propos il parle d'impuissance; que les lois et leurs ministres veillent au maintien des droits de chacun; qu'il n'a qu'à y recourir si on porte atteinte aux siens; qu'il suffit au sieur B... que ces droits ne soient pas judiciairement contestés, pour n'être soumis à ce sujet à aucun recours de sa part ». Le dispositif de l'arrêt ne nous semble pas juste, et ses considérans nous paraissent renfermer plusieurs erreurs. D'abord, nous ne savons pas ce que la Cour entend par une action *concernant la propriété*, et si elle entendrait ne parler que des actions par lesquelles des tiers réclameraient la propriété, tandis que l'art. 1725, par les mots *prétendre aucun droit sur la chose*, embrasse évidemment aussi les actions concernant la jouissance. Mais, en outre, l'article ne parle point seulement des *actions*, mais des *prétentions*, ce qui est fort différent; car le premier mot, plus

restreint dans son acception, n'aurait rapport qu'au cas d'attaque, à celui où des tiers réclameraient en *actionnant;* au lieu que le second renferme également le cas de défense, celui où des tiers retiendraient. Enfin, si l'on veut examiner l'art. 1725, et surtout le rapprocher de l'art. 1719, on verra qu'il a rapport aux voies de fait qui auraient lieu pendant la jouissance, et non à celles qui empêcheraient l'entrée en jouissance. En effet, l'art. 1719 dit que « le bailleur est obligé...., 1° de délivrer la chose...; 3° d'en faire *jouir* paisiblement le preneur pendant la durée du bail ». L'art. 1725, qui dispense de certaines garanties relativement à la *jouissance*, est une modification apportée seulement à la garantie de jouissance, qui fait le dernier objet de l'art. 1719, et non à la délivrance, dont il est question dans son premier point. De plus, l'art. 1719 ne dispense que de la garantie relative aux *troubles* dans la jouissance; or, pour que la jouissance soit *troublée*, il faut qu'il y ait eu entrée en jouissance. L'esprit de l'article n'est pas moins clair que son texte. Le propriétaire de la chose n'est point présent, peut être éloigné, quand une fois sa chose est louée : mais il a besoin d'être présent, soit par lui-même, soit par un mandataire au moment de la location : ç'eût été l'assujettir à une obligation ridicule que de l'obliger à garantir à chaque voie de fait qui aurait lieu après la délivrance; car le preneur, en possession de la chose, est bien plus à même de la défendre que le bailleur, qui l'a délivrée : ce n'est, au con-

traire, assujettir le bailleur qu'à une obligation fort simple que de l'obliger à garantir des voies de fait qui empêcheraient l'entrée en jouissance, et que ne peut aussi facilement éloigner le preneur, qui n'est pas encore en possession. Ajoutons que la disposition de l'art. 1725, étant une exception à la règle générale exposée dans l'art. 1719, devrait, au cas de doute, que nous ne voyons même pas ici, être prise dans le sens le plus restreint.

1804. Le Code civil, en imposant aux nus-propriétaires l'obligation d'entretenir les baux qui n'excèdent pas neuf années faits par l'usufruitier (595, 1429 et 1430), suppose nécessairement que ces baux sont justes et portés à une valeur approximative ; et cette obligation ne doit pas être considérée comme s'appliquant aux baux faits à vil prix (Caen, 13 août 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 559). L'offre que ferait le preneur d'augmenter le prix ne serait point un motif pour contraindre le nu propriétaire à exécuter le bail; car, le bail consistant essentiellement, comme la vente, dans la chose et dans le prix, ce serait le contraindre à consentir un nouveau bail (Même arrêt).

1805. Nous avons, au titre *de la Vente*, Ch. V, sect. 4, considéré les conditions dans leur simple division en conditions suspensives et conditions résolutoires. Voulant ensuite traiter de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, nous avons expliqué la différence qui existe entre le droit de résolution qui résulte de la loi

seule et celui qui résulte en outre d'une convention expresse. Les questions que nous allons examiner nous obligent de rappeler ici une autre division des conditions.

Les conditions, soit suspensives, soit résolutoires, sont de plusieurs espèces.

Elles sont ou *casuelles*, c'est-à-dire dépendantes d'un événement placé hors de la volonté des parties (*Voyez* l'art. 1169 du C. C.) :

Ou *potestatives*, c'est-à-dire dépendantes de la volonté d'une ou de plusieurs des parties, comme les obligations de faire ou de ne pas faire (*Voyez* l'art. 1170) :

Ou *mixtes*, c'est-à-dire tenant des deux qui précèdent (*Voyez* l'art. 1171).

1806. Le seul fait de l'événement des conditions résolutoires purement casuelles, lorsque la résolution n'est pas laissée au choix du contractant qui a stipulé la condition, opère la résolution du contrat, comme l'opérerait le laps du temps pour lequel ce contrat aurait eu lieu, sans qu'il soit besoin d'interprétation ni de jugement.

Ainsi, dans un bail contracté avec condition résolutoire pour l'accomplissement d'un cas prévu, la caution sera déchargée par le seul fait de l'accomplissement de ce cas (*Cass.*, sect. des req., 25 fructidor an XIII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Dijon du 27 thermidor an XII. J.P., 3e. de 1806, pag. 97.— *Sirey*, tom VI, 1re. part., pag. 80).

Il faut même remarquer que, dans l'espèce, le bail, quoique résolu de plein droit, avait été

continué au fermier, et que cette continuation n'a point influé et ne devait point influer sur l'arrêt ; car, dépendante d'un arrangement, formel ou tacite, particulier entre le fermier et le bailleur, elle était une nouvelle affaire qui ne concernait en rien la caution, et ne pouvait par conséquent lui être opposée.

1807. Quant aux clauses résolutoires potestatives ou mixtes, comme il s'agira de juger le fait d'une des parties, comme elles tiennent de la clause pénale, elles devront toujours être soumises à l'arbitrage du juge, à qui il appartient d'examiner s'il y a lieu à l'application de la peine ; et la résolution pour cause de leur inaccomplissement aura besoin d'être prononcée en justice.

1808. Mais c'est une question de savoir quand, après l'accomplissement de ces clauses, les tribunaux pourront ou non se refuser à prononcer la résiliation de l'acte.

Nous pensons que la solution de cette question se trouve dans la distinction du cas où la clause résolutoire est énoncée d'avec celui où elle est sous-entendue.

La Cour de Dijon s'exprime ainsi à ce sujet : « Il semble résulter de la combinaison des articles 1139, 1146, 1143 (1) et 1184 du Code civil, que le législateur a entendu établir une différence entre le cas où la clause résolutoire serait textuel-

(1) La Cour a sans doute voulu citer l'art. 1153, et non l'art. 1143.

lement énoncée dans un acte, et celui où elle serait censée y exister tacitement, conformément à l'art. 1184 : cette différence serait que, dans le premier cas, la résolution serait obligée; tandis que, dans le second, elle serait à l'arbitrage du juge : en ce sens qu'il lui serait loisible d'accorder un délai pour accomplir la condition dont la non exécution occasionnerait la résiliation. Cette opinion paraît surtout recevoir son application quand il s'agit d'un contrat de louage. En effet il paraît résulter des termes précis de l'art. 1741, qui n'est applicable qu'à cette sorte de contrat, qu'il n'est pas facultatif, comme l'art. 1184; car il dit positivement que le contrat de louage *se résout*, et non pas *pourra se résoudre*, par le défaut du bailleur ou du preneur de remplir ses engagemens ; d'où il suivrait que, par le seul défaut d'exécution, et sans qu'il fût besoin de contumacer le preneur, les juges seraient dans l'obligation de prononcer la résiliation » (Considérans d'un arrêt de la Cour de Dijon du 31 juillet 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 302. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 17).

1809. D'après ces principes, dans l'espèce où le bail portait qu'il serait résolu de plein droit à défaut d'exécution des charges imposées au preneur, la Cour a prononcé, sur la demande du bailleur, la résiliation, faute par le preneur d'avoir fait, dans le délai fixé par le bail, des ouvrages et constructions dont il avait été chargé, et bien que, après l'instance entamée, il offrît de les faire.

Nous ferons cependant une observation sur cet arrêt; c'est que toutes les fois que la condition résolutoire stipulée peut être considérée comme une clause pénale, pour que le juge soit tenu de prononcer la résolution, il faut que la peine puisse être réputée justement encourue. Si la condition consiste à ne pas faire quelque chose, et que la chose ait été faite par le contractant qui se l'était interdite, la résolution doit être prononcée aussitôt que le fait est constaté, pourvu toutefois que le stipulant qui la demande n'ait pas opté pour l'exécution du contrat; car la peine prévue est méritée par le seul fait de la contravention à la condition négative. Si, comme dans l'espèce soumise à la Cour de Dijon, la condition consistait à faire dans un certain délai des ouvrages qui peuvent s'exécuter sans le concours du stipulant, et qui, d'un autre côté, ne peuvent s'exécuter en un instant, mais pour lesquels le délai était suffisant, il suffira encore, après le délai passé, de constater le fait d'inexécution des ouvrages promis, pour que la résolution doive être prononcée, sans que le juge puisse accorder un nouveau délai, et sans qu'il ait été besoin, comme l'a dit la Cour, de contumacer l'obligé. Mais, en matière de paiement ou de livraison qui, pour être exécutés, demandent le concours ou la présence du créancier pour recevoir, et qui d'ailleurs peuvent s'exécuter aussitôt qu'ils sont demandés, l'obligé n'est pas réputé, en général avoir encouru la peine par la

seule expiration du terme, mais par le refus de payer ou de livrer après ce terme : et ce refus doit être constaté par une mise en demeure, c'est-à-dire par une sommation non suivie de paiement ou livraison (Argum. de l'art. 1656 du C. C.); car jusque-là le débiteur, qui peut payer ou livrer en un instant, et aussitôt qu'on le lui demandera, est censé avoir attendu que le créancier lui témoigne le desir de recevoir.

La Cour de Dijon nous paraît donc avoir bien jugé dans l'espèce, mais avoir posé une maxime trop générale si, par ces mots *sans qu'il fût besoin de contumacer le preneur*, elle a entendu que, dans aucun cas de condition résolutoire stipulée pour défaut d'exécution du contrat, il n'est besoin de mettre en demeure l'obligé, en constatant son refus.

1810. A l'appui de cette règle qu'en général il faut, préalablement à la demande en résolution, mettre en demeure et constater le refus, lorsqu'il s'agit d'un engagement qui ne peut être exécuté qu'avec le concours du créancier, mais qui peut l'être en un instant, comme un paiement ou une livraison, nous avons cité au numéro précédent, l'art. 1656 du Code civil, qui bien qu'il ne soit qu'un exemple particulier, ou une règle spéciale pour la vente, n'en témoigne pas moins que notre règle générale était dans l'esprit des auteurs de ce Code. Dans une cause jugée par un arrêt de la Cour de Bruxelles, que nous allons rapporter, on disait cependant que l'art. 1656, qui autorise l'acquéreur à purger sa

demeure (1), nonobstant toute clause résolutoire expresse, est une exception, qui doit se restreindre à son texte précis. Cela serait vrai si cette exception n'était pas puisée dans une raison générale, applicable à tous les cas analogues, comme nous l'avons montré; et si d'ailleurs la plupart des règles qui régissent la vente n'étaient pas applicables au louage. Mais, outre que la restriction demandée était contraire aux principes du droit, elle ne pouvait être appliquée dans cette cause: car l'obligé avait été mis en demeure par un commandement qui avait constaté son refus de payer; et ce fut parce que rien ne prouvait que l'appelant eût offert, avant le commandement, de payer les échéances du fermage, ni qu'il lui eût été impossible d'effectuer lesdits paiemens, que la Cour de Bruxelles prononça la résiliation du bail, faute de paiement de fermages, bien que le preneur offrît également, après l'instance entamée, d'effectuer son paiement: « Attendu qu'il est stipulé que, à défaut de paiement d'un seul trimestre, le bailleur pourra, si bon lui semble, résilier le bail de plein droit, sans qu'il soit besoin d'autres formalités préalables qu'un simple commandement pour constater ce défaut de paiement, et que le bailleur avait fait constater ce défaut par un commandement » (Bruxelles,

---

(1) Il ne faut pas confondre la demeure avec la mise en demeure. La demeure est le simple retard après l'échéance du terme; la mise en demeure est le retard après l'échéance et la demande.

1er. août 1810. J. P., 2e. de 1811, pag. 13. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 119).

Cependant, dans deux autres espèces, la même Cour de Bruxelles a été plus loin. Elle a jugé que, même après la mise en demeure constatée par un commandement non suivi de paiement, le juge pouvait, nonobstant la clause résolutoire expressément stipulée, accorder un nouveau délai au preneur.

Par un de ces arrêts (7 août 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 308. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 22), la Cour a maintenu en faveur du preneur, qui avait payé après le délai et sur le commandement, un bail portant que « les fermages seraient payés le. . . ., ou dans les six semaines suivantes, à peine de résolution ». — « Attendu, a dit la Cour, que, dans la jurisprudence, la peine de la déchéance, telle qu'elle est stipulée dans l'espèce, n'est considérée que comme comminatoire, et que l'application de cette peine dépend des circonstances et de l'arbitrage du juge ».

Nous croyons, d'après les principes exposés plus haut, qu'une telle clause ne saurait être regardée comme comminatoire ; sinon, les conventions deviendraient illusoires. Tel est aussi l'avis de M. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, vo. *Clause résolutoire*, no. 1, où il s'appuie, comme nous, sur l'art. 1656 du Code civil, pour établir la différence qui doit exister entre le droit légal et le droit conventionnel de résolution, et pour restreindre au premier l'application du troisième alinéa de l'article 1184 du même Code. Il faut

cependant remarquer que la Cour est loin de décider que la condition résolutoire soit toujours comminatoire ; elle prononce seulement sur la clause telle qu'elle était conçue dans l'espèce; et, dans la vérité, cette clause n'était pas très-bien rédigée, quoiqu'elle nous semble cependant manifester l'intention des parties.

Dans l'autre arrêt (11 août 1808. J. P., 1er. de 1812, pag. 309), la Cour a également maintenu en faveur d'un fermier, qui n'avait payé que quelques jours après le congé, un bail portant que « faute de paiemens de fermages à l'échéance, le bail serait résilié de plein droit, sans que le bailleur soit tenu à aucune autre formalité qu'un simple congé » : — « Attendu, a-t-elle dit, que, nonobstant la rigueur de la clause, une demeure de cinq jours, tant dans l'opinion vulgaire que dans la jurisprudence reçue, n'est pas une cause pour opérer l'annullation du contrat». Nous pensons, d'après ce qui a été dit, que la Cour a parfaitement raison dans le cas où le pacte résolutoire n'est pas énoncé, est seulement sous-entendu, et résulte des art. 1184 et 1741 du Code civil, mais non dans le cas où cette clause est exprimée, comme elle l'était dans l'espèce.

Enfin la Cour de Dijon (6 décembre 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 137. — *Denevers*, tom. XIII, 2e. part., pag. 81) a maintenu un bail à ferme où le fermier était arriéré de trois années, bien que le bail contînt la clause résolutoire pour le cas où « un canon (terme de fermage) toucherait à l'autre » :« Attendu, a-t-elle dit, que,

sous la nouvelle législation, comme sous l'ancienne, les clauses résolutoires stipulées ou sous-entendues, sont toujours réputées n'être que comminatoires; d'où résulte nécessairement que la résolution ne saurait avoir lieu de *plein droit;* qu'elle doit être demandée au juge, qui, selon les circonstances et la position du débiteur, peut, fondé sur l'art. 1184 du Code civil, lui accorder un *délai*, pour lui éviter, s'il y a moyen, les suites préjudiciables de la résolution ». La Cour a raison quand elle dit que la résolution n'a pas lieu de plein droit, en ce sens qu'elle doit être demandée au juge; c'est ce que nous avons démontré au n°. 1808: mais elle a tort quand, confondant le cas où la clause résolutoire est énoncée avec celui où elle ne l'est point, et argumentant de l'art. 1184, elle ajoute que le juge peut, même dans ce dernier cas, accorder des délais: la Cour est elle-même revenue sur cette dernière opinion par l'arrêt postérieur du 31 juillet 1817, que nous avons cité au n°. 1809.

1811. L'effet de la condition résolutoire non exprimée résulte, pour tous les contrats en général, de l'art. 1184 du Code civil, et de plus, pour le bail en particulier, de l'art. 1741, qui autorise sa résiliation pour le défaut d'exécution des engagemens. Le défaut de paiement des loyers ou fermages, de la part du preneur, est l'inexécution la plus marquée de son principal engagement: nous n'hésitons donc pas à penser que ce défaut de paiement ne doive entraîner la résiliation du bail. Mais il est clair aussi que

ce serait interpréter trop judaïquement la loi que de prononcer cette résiliation pour le moindre défaut de paiement. Aucune règle n'étant tracée par la loi à cet égard, ce sera aux juges à se décider d'après les circonstances et la quantité arriérée de loyers ou fermages. Il a été admis en jurisprudence que le bailleur peut demander la révocation du bail quand il est dû deux termes et le courant. La Cour de Poitiers (31 juillet 1806 J. P., 1er. de 1807, pag. 305) a prononcé cette résiliation dans une espèce où les paiemens de fermages étaient arriérés de deux années, et où les fermages antérieurs n'avaient été payés qu'au moyen de contraintes.

1812. L'ancienne jurisprudence, conforme au droit romain, donnait à l'acquéreur la faculté de ne pas maintenir le bail fait par son vendeur, à moins que le contraire n'eût été stipulé dans le contrat de vente (1). Le Code a abrogé cette disposition, qui, jetant de l'incertitude sur le sort des locataires ou fermiers, les arrêtait souvent dans leurs entreprises, et nuisait ainsi à la prospérité du commerce et de l'agriculture. Aujourd'hui, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou locataire qui a un bail authentique, ou dont la date est certaine, à moins que ce droit n'ait été réservé par le contrat de bail (art. 1743 du C. C.).

Mais, alors même que le bail est sans date certaine et ne peut être opposé à l'acquéreur et

---

(1). Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit : nisi eâ lege emit. L. 9, *C. Locat. Conduct.*

l'empêcher d'expulser, il faut examiner si l'acquéreur est tenu d'observer, pour l'expulsion, le délai ordinaire des congés, suivant l'usage des lieux. La Cour de Turin (21 juin 1810. J. P., 2e. de 1811, pag. 271.—*Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 235. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 114) a jugé la négative : « Attendu que l'art. 1748 du Code civil (1) ne parle que de l'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par l'acte de bail ».

Nous approuvons la décision de la Cour : mais nous ne l'étaierons pas sur cet article, qui, étant simplement la suite des articles précédens, dans lesquels il n'avait été question que du cas où cette faculté était réservée, ne devait lui-même s'occuper que de ce cas, sans que son silence pût être regardé comme une décision opposée pour les autres cas. Mais il nous semble que, dans l'insuffisance du texte positif de la loi, d'autres textes analogues, et même le simple raisonnement, décident la question. Dans les art. 1743 et 1750, on voit que le législateur regarde comme n'existant pas, à l'égard de l'acquéreur, les baux qui n'ont pas date certaine ; et les dispositions spéciales de cet article ne sont que des corollaires de la disposition générale de l'art. 1328, qui veut qu'un acte n'ait d'effet, vis-à-vis des tiers, que du jour où il a date certaine. Juger autrement serait

---

(2) « L'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par le bail d'expulser le fermier ou locataire, en cas de vente, est en outre tenu d'avertir le locataire au tems d'avance usité dans le lieu pour les congés. — Il doit aussi avertir le fermier de biens ruraux au moins un an à l'avance » (art. 1748 du C. C.).

mettre, pour un certain tems, tout acquéreur à la discrétion d'un vendeur de mauvaise foi, qui, après la vente, antidaterait des baux fictifs ; car le simple délai à observer pour les congés est souvent assez long pour contrarier beaucoup les arrangemens d'un acquéreur, qui, croyant n'avoir point de locataire ou de fermier dans le bien acquis, a compté entrer tout de suite en jouissance. Il est vrai qu'un locataire a besoin de temps pour chercher un autre logement et qu'il est dur que le fermier parte sans avoir recueilli les fruits qu'il a semés : mais c'est à eux à s'imputer de ne s'être pas mis en règle : et, si un mal doit résulter de leur négligence, il est juste qu'il retombe plutôt sur eux que sur l'acquéreur, qui ne peut être lésé par une faute qui n'est point la sienne.

1813. Dans tous les cas, le vendeur qui n'a point obligé l'acquéreur à entretenir les baux sous signatures privées, sans date certaine, est tenu d'indemniser le locataire ou fermier évincé, sans pouvoir lui objecter que, la vente ayant été annoncée par des affiches, il aurait dû, par l'enregistrement du bail, se mettre à l'abri de l'éviction ; car, enregistré ou non, le bail n'était pas moins certain entr'eux, et n'obligeait pas moins le bailleur à faire jouir son locataire ou fermier (art. 1719 du C. C.), ou à l'indemniser de l'expulsion exigée par un acquéreur (art. 1744, 1749 et 1750 du C. C.) (Paris, 24 décembre 1808. J. P., 2e. de 1809, pag. 121).

1814. Il est hors de doute que, lorsque le fermier ou locataire a fait plusieurs paiemens anti-

cipés, constatés par un acte public antérieur, l'acquéreur ne peut l'inquiéter à ce sujet en lui demandant de lui tenir compte des fermages ou loyers du jour fixé par le contrat d'acquisition, pour entrer en jouissance de l'objet acquis : car le fermier ou locataire avait un droit acquis et certain avant celui de l'acquéreur. Par la même raison que l'acquéreur ne peut faire cette réclamation en son propre nom, il ne peut pas non plus la faire comme subrogé aux droits de créanciers hypothécaires inscrits postérieurement aux paiemens; car, si le respect pour les droits acquis fait que les créanciers peuvent quereller un acte de cession de fruits postérieur à leurs inscriptions, ce même respect fait aussi qu'ils ne peuvent quereller l'acte de cession de fruits ou les paiemens de fermages ou loyers par anticipation qui ont eu lieu avant leurs inscriptions : par conséquent l'acquéreur, qui leur est subrogé, après les avoir payés (art. 1251 du C. C.), ne peut avoir plus de droits qu'ils n'en ont eux-mêmes, et n'a de recours que contre le vendeur (*Cass.*, sect. des req., 21 mars 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Grenoble du 17 juillet 1818. J. P., 3e. de 1820, pag. 314. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 327. — *Denevers*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 318).

1815. Mais un locataire ou fermier peut-il opposer à l'acquéreur des paiemens faits par anticipation, quoiqu'il n'en rapporte que la quittance privée n'ayant point de date certaine antérieurement à la vente ? L'affirmative a été jugée par

la Cour de Turin : « Considérant, que la décision (contraire) des premiers juges repose essentiellement sur ce que, à leur avis, un acheteur ou un adjudicataire doivent être envisagés comme de véritables tiers, dans le sens de l'art. 1328 du Code civil, parce qu'ils ne représentent pas leur auteur comme successeurs à titre universel;--Qu'à la vérité il est incontestable qu'un acheteur ou un adjudicataire ne sont successeurs qu'à titre singulier, ainsi que le jugement dont est appel les a qualifiés, mais qu'il n'en est pas moins vrai que, relativement aux droits sur la chose, lesquels sur la tête de l'acquéreur ne peuvent pas être plus amples qu'ils ne l'étaient sur celle du vendeur, celui-là représente parfaitement ce dernier, et en est véritable ayant-cause; qu'ainsi, la personne de l'acquéreur s'identifiant, par rapport aux droits à lui transmis, avec celle de son auteur, il ne paraît pas exact de dire que puisse aussi s'appliquer à lui l'expression *tiers*, qui se trouve en l'article ci-dessus cité : on ne peut se persuader non plus qu'il ait été dans l'intention du législateur de le mettre dans la même classe de ces tiers, qui n'ont rien de commun avec les parties entre lesquelles l'acte s'est passé » (Turin, 26 février 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 157). M. Toullier, *Droit civil français*, tom. VIII, n°. 254, pag. 386, 2e. édition, pense que cet arrêt *a fort bien jugé*. Nous ne saurions adopter cet avis. Sans doute, « la personne de l'acquéreur s'identifie avec celle de son auteur » ; mais ce n'est que pour les choses constatées par acte ayant date certaine : autrement il serait donc

libre au vendeur de nuire à l'acquéreur par des quittances ou autres actes antidatés.

Cette opinion de M. Toullier, fondée sur le sens qu'il donne aux art. 1322 et 1328 du Code civil, a été combattue par M. Merlin dans ses *Questions de droit*, 3e. édition, v°. *Tiers*, ou 2e. édition, *Additions aux Questions de droit*, v°. *Tiers*, §. II, et par M. Ducaurroy, tom. III de la *Thémis*, pag. 49. M. Toullier l'a de nouveau défendue, en la traitant sous un point de vue plus général, dans ses *Additions* au tom. X, pag. 613 et suivantes; et M. Ducaurroy y a répondu tom. V de la *Thémis*, pag. 6. Il serait trop long de rapporter littéralement les argumens donnés de part et d'autre. Nous n'en dirons donc que ce qui sera nécessaire pour faire sentir la difficulté.

Selon M. Toullier, les *ayant-cause*, dont parlent les art. 1319 et 1322 du Code civil, sont ceux qui tiennent leurs droits des parties, et leur succèdent à titre particulier, et non universel (tom. X, nos. 634 et 635). Selon M. Merlin, il ne suffit pas pour être *ayant-cause* dans le sens de l'art. 1322 du Code civil, que deux acquéreurs tiennent leur titre de l'un des souscripteurs d'un acte sous seing-privé, *ab eâdem personâ ;* il faut encore qu'ils doivent leur qualité d'ayant-cause au même acte. M. Ducaurroy pense que « les personnes dont parle l'art. 1322 du Code civil, sont des *ayant-cause* proprement dits, parce qu'ils ont *universam causam*. Tels sont les successeurs irréguliers, c'est-à-dire l'enfant naturel, le conjoint survivant, et l'état, auxquels la loi transmet

les biens sans leur accorder ni la saisine, ni le titre d'héritiers légitimes; tels sont encore les donataires de biens à venir, les légataires à titre universel ; tels sont les parens envoyés en possession des biens d'un absent ».

Voyons actuellement les conséquences principales que chacun de ces auteurs tire de son interprétation du mot *ayant-cause*.

Suivant l'art. 1322 du Code civil, l'acte sous seing-privé a, entre les ayant-cause de ceux qui l'ont souscrit, la même foi que l'acte authentique. Il fait donc, entre ces ayant-cause, foi de sa date et de tout son contenu. M. Toullier en conclut que, si A confère successivement des droits réels à B et à C sur un même immeuble, à B par acte sous seing-privé, à C par acte authentique, B et C étant tous les deux les ayant-cause de A, C ne pourra exciper de l'art. 1328 du Code civil contre B, dont le titre sous seing-privé a une date antérieure, mais non certaine.

M. Merlin répond que l'art. 1322 du Code civil ne doit s'entendre que d'un acte qui serait commun aux deux ayant-cause, par exemple, de la vente qui aurait été faite de l'immeuble à A par Titius. Relativement à cet acte de vente, B et C sont les ayant-cause de A, entre lesquels l'acte doit faire foi, comme entre ceux qui l'ont souscrit. L'acte doit donc faire foi contre eux de sa date et de son contenu, comme il eût fait foi contre le souscripteur A, leur auteur commun. Quant à l'acte particulier à chacun d'eux, il le constitue bien l'ayant-cause de A : mais il n'est rien vis-à-

vis de l'autre, qui est, relativement à cet acte, ce que l'art. 1328 du Code civil appelle un *tiers*, et qui, par conséquent, n'est pas tenu d'en reconnaître la date.

On pourrait opposer à cette distinction de de M. Merlin que, si l'art. 1322 du Code civil doit être entendu dans le sens que l'acte sous seing-privé fait foi de sa date et de son contenu, non-seulement entre les souscripteurs, non seulement entre les ayant-cause respectifs de chacun des souscripteurs ou du même souscripteur, mais encore entre chaque souscripteur et les ayant-cause de l'autre, l'acte sous seing privé de B, dans lequel il est l'un des souscripteurs, doit faire foi de sa date et de son contenu contre C, ayant-cause de l'autre souscripteur.

M. Ducaurroy n'a pas besoin de recourir à cette distinction. En ne comprenant, sous le mot d'ayant-cause de l'art. 1322 du Code civil que les successeurs universels, il éloigne nécessairement tous ceux qui ne pourraient prouver leur titre d'ayant-cause que par un acte sous seing privé sans date certaine.

Il est difficile d'admettre cette restriction de sens, ou cette application exclusive du mot ayant-cause aux successeurs à titre universel, parce que, dans l'usage, on se sert de ces expressions *ses héritiers et ayant-cause*, ou *ses hoirs ou ayant-cause*, pour désigner tous ceux qui succéderont, soit à titre universel, soit à titre singulier, à certaines choses ou à certains droits ou engagemens qui font l'objet de la disposition de l'homme ou de la loi.

Tel est, du moins, le sens qu'on y attache dans ces locutions, usitées dans les contrats de vente, *acquéreur pour lui, ses héritiers et ayant-cause*, ou *pour en jouir et disposer par lui, ses héritiers et ayant-cause.* Lorsqu'au contraire on ne veut désigner que les successeurs à titre universel, on se sert du mot *représentans*, comme dans cette formule *contre la veuve, héritiers et représentans du sieur tel.* Nous croyons même que dans ces mots *ses héritiers* ou *ses hoirs*, la loi et l'usage comprennent en général, non-seulement les héritiers proprement dits, mais encore tous ceux qui sont *loco heredis*, tous les successeurs à titre universel, et que, en y ajoutant le mot *ayant-cause*, on ne veut que compléter l'énumération des successeurs, en y comprenant les successeurs à titre particulier. Ainsi, quand la loi ne veut pas transmettre l'action aux successeurs à titre particulier, mais seulement aux successeurs à titre universel, elle se sert du mot *héritiers* : telle est l'action rescisoire accordée à la femme ou au mari, ou à leurs héritiers contre les actes faits par la femme sans autorisation (art. 225 du C. C.).

Au reste, ces discussions sur le sens du mot *ayant-cause* ne portent pas une pleine conviction dans l'esprit. Aussi ne nous y arrêterons-nous pas davantage ; et, forcés d'abréger l'exposition de notre propre opinion, nous nous bornerons à dire, avec MM. Merlin et Ducaurroy, que le système de M. Toullier est contraire à l'esprit de notre législation, et qu'il ne tendrait à rien moins

qu'à favoriser la fraude et à rendre toutes les propriétés incertaines. Et c'est avec raison que M. Ducaurroy a dit, que ce système avait étonné l'école et le palais : car l'école et le palais tiennent pour règle constante qu'un acte sous seing-privé, sans date certaine, ne peut être opposé à celui qui ne l'a pas souscrit et qui a un titre contraire, mais dont la date est constante. Nous ne connaissons d'exceptions à cette règle que pour les quittances de sommes échues, parce que l'échéance seule fait présumer le paiement, à moins d'aveu ou déclaration contraires. Si une possession de dix années, en vertu d'un titre sous seing-privé, sans date certaine, suffit pour prescrire, c'est que la preuve de cette possession décennale sans trouble prouve elle-même la sincérité de la date du titre. Nous admettrons, avec M. Toullier, que les ayant-cause dont il est parlé en l'art. 1322 du Code civil ne sont que les successeurs à titre particulier : mais nous ajouterons que, dans ce sens même, bien qu'on soit *l'ayant-cause* d'un des souscripteurs de l'acte, on n'en est pas moins *tiers* à l'égard des autres souscripteurs du même acte, lorsqu'on n'a point souscrit soi-même cet acte, et qu'on n'y a point contracté. C'est ce que prouvent évidemment les art. 1121 et 1165 du Code civil (1), puisqu'ils désignent sous le nom de *tiers* celui-là même au profit duquel un des sous-

---

(1) « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipu-

cripteurs a stipulé sous la forme de condition d'une stipulation faite pour lui-même, ou d'une donation faite à l'autre souscripteur, circonstance dans laquelle le tiers devient l'ayant-cause d'un des souscripteurs, s'il déclare vouloir profiter de la stipulation. L'art. 1328 du Code civil est donc applicable à l'ayant-cause dont il est parlé en l'art. 1322, en n'appelant de ce nom que les successeurs à titre particulier; il est même applicable à certains successeurs à titre universel, tels que le mari et la communauté qui succèdent à tout le mobilier que la femme possédait au jour du mariage, ou qui lui échoit durant la communauté, et à l'usufruit, durant la même communauté, de tous ses immeubles, et qui cependant ne sont pas tenus des dettes qu'elle a contractées par acte sans date certaine avant le mariage. L'art. 1328 du Code civil est donc une exception de l'art. 1322; et, en ce sens, nous adoptons la conclusion de MM. Merlin et Ducaurroy.

1816. Quel sera le sort des baux consentis par le fol enchérisseur? devront-ils ou non être exécutés par l'adjudicataire sur folle enchère?

En thèse générale, la revente sur folle enchère anéantit le droit que le fol enchérisseur pouvait avoir sur la chose; et l'anéantissement de son

---

lation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter » (art. 1121 du C. C.).

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 » (art. 1165 du C. C.).

droit entraîne, comme conséquence, celui des droits qu'il a pu transmettre : *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.* Mais, d'un autre côté, s'il ne peut être considéré comme ayant été propriétaire, on ne peut contester qu'il ait été possesseur. Or le possesseur a le droit, il est même de son devoir, de faire des actes de simple administration : ces actes, quand ils sont faits de bonne foi doivent donc être maintenus, d'après la maxime *quæ semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit à quo initium capere non potuerunt.* L. 85, ff., *de Reg. jur.* Il suit de ces principes qu'il faudra anéantir les actes de propriété, mais non les actes de simple administration, faits par le possesseur de bonne foi. Reste à savoir dans quelle classe on devra ranger le bail qu'il aurait passé.

Si ce bail est fait pour un tems qui n'excède pas la durée ordinaire, c'est-à-dire neuf années; s'il n'est point fait pour grever l'immeuble après la dépossession du fol enchérisseur; en un mot, si rien ne montre qu'il soit fait de mauvaise foi, il faudra le considérer comme acte d'administration, et le déclarer obligatoire pour l'adjudicataire sur folle enchère : de même que la loi déclare obligatoire, pour le nu-propriétaire, la femme, le vendeur à réméré et le pupille, les baux consentis de bonne foi par l'usufruitier, le mari, l'acquéreur sous pacte de rachat, et le tuteur, pourvu qu'ils n'excèdent pas neuf années (art. 595, 1429, 1673 et 1718 du C. C.) (*Cass.*, sect.

des req., 11 avril 1821, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 24 février 1820. J. P., 3e. de 1821, pag. 141. — *Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag. 254).

Si, au contraire, le bail n'a point été fait par le fol enchérisseur dans un esprit de sage administration, mais pour grever l'immeuble, le motif de son maintien cesse, et il en faut prononcer la nullité à l'égard de l'acquéreur. C'est ce qu'a fait la Cour de Paris (25 juin 1814. J. P., 1er. de 1815, pag. 68), relativement à un bail consenti par le fol enchérisseur pendant la poursuite de folle enchère, et dont la date indiquait suffisamment la fraude.

Quant aux baux qu'avait consentis de bonne foi le fol enchérisseur, pour un tems qui excéderait neuf années; et que l'on appelle baux à longues années, c'est-à-dire plus longs que les baux ordinaires, nous pensons qu'il y aurait lieu d'en prononcer, non pas la nullité, mais la réduction, conformément au principe posé par les art. 595, 1429, 1673 et 1718 du Code civil, ci-dessus indiqués.

1817. L'art. 1748 du Code civil fixe les délais dans lesquels l'acquéreur, qui veut user de la faculté d'expulser le fermier ou locataire, doit l'avertir; mais cet article, ni aucun autre, ne contient de disposition à l'égard du bailleur qui se serait réservé, pour son propre compte, la faculté de résilier le bail, sans fixer l'époque à laquelle le congé serait donné. La Cour de Poitiers, dans une espèce où il s'agissait d'un

bail de biens ruraux, a jugé que l'art. 1748 était également applicable au bailleur : « Considérant que la clause du bail ne fixant point l'époque du congé, en cas de résiliement, on doit avoir recours au droit commun ; que, aux termes de l'art. 3 de la sect. 2 du tit. Ier. de la loi du 6 octombre 1791, et de l'art. 1748 du Code civil, le congé pour expulser le fermier d'un domaine rural, doit lui être donné au moins un an à l'avance ; qu'un pareil délai est d'ailleurs d'un usage général en matière de biens ruraux » (Poitiers, 30 pluviose an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 509). Cette décision est de toute justesse. Il est hors de doute que, à défaut de loi ou de convention, c'est l'usage qui fait règle : et, quand le délai du congé n'a point été fixé, la question est donc seulement de savoir quel est l'usage. Or, relativement aux congés de biens ruraux, il résulte clairement de l'art. 1748 que, quel que soit le délai d'usage, le congé doit être donné au moins un an d'avance. En effet, cet article, dans sa première partie, s'occupant du fermier en général et du locataire, dit qu'ils doivent être avertis, « au tems d'avance usité dans le lieu » ; et, par la seconde, s'occupant spécialement du fermier de biens ruraux, il porte que l'avertissement doit lui être donné « au moins un an à l'avance ». Pourquoi cette différence dans la rédaction ? C'est qu'il est possible que, à l'égard des biens ruraux, comme à l'égard d'autres biens, l'usage accorde plus d'une année de délai ; et alors la loi veut que le fermier

ou le locataire profite du bénéfice de cet usage : mais il est possible aussi que l'usage accorde moins d'une année de délai ; et les auteurs du Code ont pensé qu'il convenait aux intérêts de la culture de ne pas suivre alors l'usage, et que le congé fût donné au fermier de biens ruraux au moins un an d'avance.

1818. L'art. 69, §. 7, 2°., de la loi du 22 frimaire an VII assujettit au droit de quatre pour cent les baux dont la durée est illimitée. Il faudra regarder comme tel le bail fait pour un tems fixé, mais avec la condition que celle des parties qui voudra se désister sera tenue d'avertir l'autre d'avance dans un délai convenu, sinon que le bail continuera sans terme, jusqu'à ce que l'un ou l'autre des contractans fasse sa renonciation, de la même manière, aux mêmes clauses et conditions : « Considérant qu'il ne peut devenir déterminé à trois années qu'éventuellement, par exception, et dans le cas seulement d'un désistement d'une plus longue et indéterminée jouissance, notifié par acte en due forme ; que la nécessité du désistement de bail à l'expiration des trois premières années, pour en faire cesser la continuation indéterminée, prouve invinciblement que le bail était principalement indéterminé » (*Cass.*, sect. civ., 17 germinal an XII, cassant un jug. du trib. d'Anvers. *Sirey,* tom. IV, 2e. part., pag. 683).

1819. Les locations verbales ne sont pas sujettes au droit d'enregistrement : « Attendu, dit le premier des arrêts ci-après cités, que l'art. 4

de la loi du 22 frimaire an VII (1), sur lequel la régie fonde la prétention de la perception du droit d'enregistrement sur les jouissances à titre de location verbale, n'établit aucunement cette prétention ; qu'il pose seulement le principe général des perceptions du droit, et qu'il renvoie à l'art. 69 pour la fixation des quotités; que cependant on ne trouve dans cet article 69 aucune disposition qui puisse s'appliquer aux locations verbales ; — Attendu que l'art. 13 (2) de la même loi sur lequel la régie se fonde, se refuse aussi à toute application aux locations verbales; qu'il suppose évidemment un bail non représenté et non enregistré, auquel il peut être suppléé par des actes qui le décèlent ; mais que le seul fait de la jouissance, même à titre de location, ne peut être productif du droit d'enregistrement ; que l'objet général de la loi du 22 frimaire an VII est que tous les actes soient enregistrés ; que c'est d'après cette vue, et pour parer à la dissimulation des actes, que les art. 12 et 13 ont admis des équipollens et des indices d'après lesquels le

---

(1) « Le droit proportionnel est établi pour les obligations, libérations, condamnations, collocations ou liquidations des sommes et valeurs, et pour toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens meubles et immeubles, soit entrevifs, soit par décès. — Ses quotités sont fixées par l'art. 69 ci-après ».

(2) « La jouissance à titre de ferme, ou de location, ou d'engagement d'un immeuble, sera aussi suffisamment établie, pour la demande et la poursuite du paiement des droits *des baux ou engagemens non enregistrés*, par les actes qui la feront connaître, ou par des paiemens de contributions imposées aux fermiers, locataires et détenteurs temporaires ».

droit peut être perçu comme si l'acte lui-même était produit ; mais que ce serait donner à l'art. 13 une extension exorbitante que de l'appliquer au fait isolé d'une jouissance purement verbale ; que l'expression de cet article repousse même cette extension, puisque, sur les équipollens qu'il admet, il n'autorise que la poursuite des droits des baux non enregistrés ; — Attendu qu'on ne peut qu'être effrayé des conséquences de la prétention de la régie, qui, des immeubles, serait bientôt prorogée aux meubles, et successivement aux droits les plus usuels ; attendu que l'art. 4 de la loi du 27 ventose an IX, présente un argument invincible contre cette prétention, puisque cet article, appliquant les art. 22 et 38 de la loi du 22 frimaire an VII aux mutations entrevifs en propriété ou en usufruit de biens immeubles, lors même que les nouveaux possesseurs prétendraient qu'il n'existe pas de conventions écrites entre eux et les précédens propriétaires ou usufruitiers, ne parle cependant pas des jouissances et locations ; qu'il est clair qu'on a voulu excepter de cette disposition de rigueur la transaction la plus ordinaire, la plus fréquente et la plus utile sous les rapports, soit de l'agriculture, soit de l'allégement de la classe la moins aisée ; qu'ainsi il faut en revenir au véritable sens de l'art. 13 de la loi du 22 frimaire an VII, qui, quant aux locations, n'a voulu que suppléer à la non représentation du titre, mais qu'il faut que ce titre existe, et que d'autres actes le fassent connaître, pour que le droit puisse être exigé » (*Cass.*, sect. civ., 12

juin 1811, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Valenciennes. J. P., 2e. de 1811, pag. 289. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 257. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 278. — *Id.*, 17 juin 1811, cassant un jug. du trib. de Courtrai. J. P., *Ibid.*, pag. 291. — *Sirey, ibid.*, pag. 238. — *Denevers, ibid.*, pag. 280).

1820. Il en est de même des locations par tacite réconduction : « attendu que la tacite réconduction n'opère qu'un bail verbal, suivant les art. 1738 et 1776 du Code civil. . ., qui ne saurait être productif du droit d'enregistrement » (*Cass.*, sect. civ., 12 juin 1811, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Lunéville du 12 février 1807. J. P., 2e. de 1811, pag. 293).

SECTION II.

Des Règles particulières aux baux à loyers.

1821. *La contribution des portes et fenêtres est à la charge des locataires, encore qu'elle ne soit pas mentionnée dans le bail.*

1822. *Le propriétaire qui l'a acquittée peut s'en faire rembourser, nonobstant le défaut de réserve dans des quittances postérieures de loyers.*

1823. *Le chef d'une administration publique, qui loue une maison, « pour y établir les bureaux de son administration », ne peut pas, à raison de cette clause, prétendre qu'il a loué uniquement pour le compte du gouvernement, et renvoyer le bailleur à se faire payer par l'état.*

1824. *La suppression d'une salle de spectacle donne-t-elle lieu à une diminution de prix ou à la résiliation du bail ?*

1825. *Les fonctions ou la profession qu'exerçait le preneur à l'époque du bail déterminent, à défaut de conventions, l'usage qu'il peut faire de la chose louée.*

1826. *La fermeture d'une boutique, encore qu'elle reste garnie de meubles suffisans, et que les loyers en soient exactement payés, donnent lieu à la résiliation du bail.*

1827. Quid *de la faillite du locataire ?*

1821. L'art. 12 de la loi du 4 frimaire an VII, en accordant un recours aux propriétaires de maisons contre les locataires particuliers, pour le remboursement de la contribution des portes et fenêtres, démontre que cette contribution est due par les locataires particuliers, quoiqu'elle soit exigible contre les propriétaires. Cette obligation du locataire étant réglée par la loi, la mention en est inutile dans le bail; il ne peut par conséquent, pour s'en exempter, argumenter du silence du bail (*Cass.*, sect. civ., 26 octobre 1814, cassant un jug. de justice de paix. J. P., 1er. de 1816, pag. 207).

1822. Le propriétaire, qui a acquitté cette contribution, peut même s'en faire rembourser par le locataire, nonobstant le défaut de réserve dans des quittances postérieures de loyers : car la créance du propriétaire pour loyers est bien distincte de sa créance pour contributions; et dès-lors le défaut de réserve dans des quittances données pour l'une de ces créances ne peut être considéré comme une renonciation à l'autre créance (Même arrêt).

1823. Le chef d'une administration publique qui loue une maison, « pour y établir les bureaux de son administration », ne peut pas, à raison de cette clause, prétendre qu'il a loué uniquement pour le compte du gouvernement, et ren-

voyer le bailleur à se faire payer par l'État, si d'ailleurs les autres clauses de bail emportent obligation personnelle de sa part (Paris, 20 décembre 1815. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 54). Pour faire décider autrement, il ne suffirait même pas que l'obligation personnelle du preneur ne fût point formellement énoncée ; il faudrait, au contraire, que l'absence de cette obligation résultât d'une clause positive ou de l'ensemble de l'acte. La règle générale est que tout locataire est obligé personnellement au paiement de son loyer ; et de ce qu'un locataire est chef d'une administration publique et loue pour l'exercice de ses fonctions, il ne s'ensuit pas qu'il loue pour le compte de cette administration : car il est possible qu'elle lui passe en compte une somme pour subvenir à ses dépenses de location ou à toute autre, sauf à lui à prendre tels arrangemens qui lui paraîtront convenables. Et, dans l'ignorance de l'existence ou de l'absence d'une telle convention, le bailleur doit être présumé n'avoir voulu traiter qu'avec la personne qui a paru au bail.

1824. « Si pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail » (art. 1722 du C. C.). Les tribunaux sont, dans ce dernier cas, juges des circonstances.

Lorsque, par un événement de force majeure,

la chose louée, est devenue telle que, sans pouvoir servir à l'usage auquel le locataire la destinait, elle peut cependant être employée à un autre usage, nous pensons qu'alors il n'est point juste de faire tomber toute la perte sur le bailleur, et qu'il n'y a lieu de prononcer qu'une diminution du prix, et non la résiliation du bail. Ainsi jugé par la Cour de Paris, relativement à une salle de spectacle supprimée depuis le bail, par ordre du gouvernement : « Attendu que le décret a bien privé le locataire d'y représenter des spectacles auxquels il l'avait destinée, mais non de la jouissance de la salle » (Paris, 17 juillet 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 410).

1825. « Le preneur est tenu d'user de la chose louée en bon père de famille, suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention » (art. 1728 du C. C.).

Les fonctions ou la profession qu'exerçait le locataire à l'époque du bail déterminent, à défaut de conventions, l'usage qu'il peut faire de la chose louée : et il est obligé de s'abstenir de tout acte qui, sans être nécessaire à l'exercice de ses fonctions, est incommode pour le bailleur ou pour les autres locataires. D'après ce principe, il a été jugé qu'un chef militaire, qui a seulement le droit d'avoir un planton dans l'intérieur ne peut pas y substituer une sentinelle qu'il faille relever aux heures de nuit (Paris, 5 décembre 1814 J. P., 1er. de 1815, pag. 464.—*Sirey*, tom. XV, 2e. part. pag. 84).

1826. Les art. 1741 et 1752 du Code civil fixent certains cas où le bail à loyer est susceptible de résiliation. Ce sont celui de la perte de la chose, celui du défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagemens, et celui où le locataire ne garnit pas la maison de meubles suffisans ou ne donne pas de sûreté capable de répondre du loyer. Mais ces articles, en énonçant certaines causes de résiliation, ne disent point que d'autres ne pourront être admises : en déterminant des causes de résiliation spéciales aux baux, ils ne dérogent point aux causes générales qui peuvent exister pour tous les contrats.

D'après ces principes, et d'après la disposition citée au numéro précédent de l'art. 1728 du Code civil, qui assujettit le preneur à user de la chose louée suivant la destination indiquée par les circonstances, la fermeture d'une boutique, encore qu'elle reste garnie de meubles suffisans et que les loyers en soient exactement payés, devra donner lieu à la résiliation du bail, même quand il ne porterait pas l'obligation de conserver cette boutique ouverte, si d'ailleurs elle a été louée à un marchand exerçant le genre de commerce auquel elle était destinée (Paris, 28 avril 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 167.—*Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 378). Car la fermeture d'une boutique peut empêcher de la louer ensuite aussi bien pour le même objet, en ce que les chalans prendront, pendant le temps que durera cette fermeture, l'habitude de s'approvisionner ailleurs.

1827. La faillite du locataire donnera-t-elle également ouverture à la résiliation du bail, encore que les lieux restent également garnis de meubles suffisans pour répondre des loyers?

S'il s'agit d'une boutique ou d'un batiment destiné au commerce, comme cette faillite entraîne leur fermeture, la résiliation nous paraît devoir être prononcée, par les raisons que nous avons exposées au numéro précédent.

S'il ne s'agit point d'une boutique ou d'un bâtiment destiné au commerce, la décision de la question doit être cherchée dans d'autres principes.

Dans une espèce où le bail était de vingt-neuf années, et où le locataire avait fait faillite avant l'entrée en jouissance, mais après avoir sous-loué, pour une partie du tems, à un homme d'une solvabilité reconnue, et avait en outre passé un concordat avec ses créanciers, qui lui laissaient la libre disposition de ses biens, il a été jugé que le locataire serait tenu de fournir une caution hypothécaire ou de souffrir la résiliation du bail: « Vû les art. 1188, 1613 et 1655 du Code civil » (*Cass.*, sect. des req., 16 décembre 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Dijon du 4 juin 1806. J. P., 1er. de 1808, pag. 433.—*Sirey*. tom. VIII, 1re. part., pag. 162. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 66). Les articles cités parlent seulement, il est vrai, le premier d'obligations à terme, et les deux autres de ventes : mais, supposant même qu'ils dussent être restreints à ces cas, il était juste de les appliquer dans

l'espèce, où la durée du bail, excédant neuf années, ne devait plus le faire regarder comme un simple acte d'administration, mais comme une sorte d'aliénation. Toutefois le bail eût-il été de durée ordinaire, la décision eût encore dû être la même, d'après l'art. 1188, qui nous paraît contenir une règle générale, applicable aussi au contrat de louage : car le preneur est assujetti à des obligations à termes successifs, celles de payer les loyers et les contributions locatives.

La demeure des meubles n'est point un obstacle à la résiliation. Ils répondent bien du terme courant, et peut-être de quelques autres, mais non de tous les termes futurs. D'ailleurs, la faillite diminue réellement les sûretés, parce que, avant elle, et au moment de la passation du contrat, le bailleur avait dû espérer, outre la sûreté mobilière, qui, malgré la surveillance du locateur, peut facilement être anéantie ou diminuée, la sûreté personnelle, résultante de la solvabilité, du crédit et de l'industrie du locataire. Le concordat ne rendait pas tous ces avantages au failli, et ne pouvait dès-lors être opposé au locateur. Enfin la sous-location était indifférente, parce qu'elle n'était pas pour toute la durée du bail. Mais eût-elle été même pour toute cette durée, le locateur eût toujours été en droit de dire qu'une sureté personnelle consiste surtout dans la confiance qu'inspirent les qualités d'un individu; qu'elle ne peut ainsi être forcément remplacée par une autre; et que, à défaut de celle sur la-

quelle il avait dû compter, il peut exiger une sûreté hypothécaire.

SECTION III.

Des Règles particulières aux baux à ferme.

1828. *Deux co-fermiers d'un moulin sont-ils solidaires pour l'exécution du bail, quoique la solidarité ne soit pas exprimée ?*

1829. *Un fermier chargé des impositions foncières ne devra pas celles qui se percevront la première année de sa jouissance ; mais il devra celles qui se percevront la dernière année de cette jouissance.*

1830. *La clause portant que des denrées seront* livrables *à la ferme donne au fermier le droit de refuser de livrer ailleurs, lors même que les frais de transport ne sont pas à sa charge.*

1831. *Il faut une convention, et la seule jouissance ne suffit pas, pour que des bestiaux laissés au fermier soient immobilisés.*

1832. *L'événement ou le traité qui a détaché du territoire français un pays voisin où le fermier d'une forge s'approvisionnait de bois nécessaires à son exploitation n'est pas un des cas fortuits dont le bailleur soit tenu.*

1833. *Lorsque le preneur s'est réservé de demander une indemnité pour les pertes de récoltes occasionnées par force majeure, l'effet de cette clause s'étend aux pertes occasionnées par le fait du prince ou les accidens de la guerre :*

1834. *Malgré la clause qui met à la charge d'un fermier les cas prévus ou imprévus, faut-il lui allouer une diminution de bail pour la perte de jouissance qu'il ferait par une route qu'ordonnerait le gouvernement, et par des inondations, suites de travaux également ordonnés ?*

1835. *Dans tous les cas, le fermier ne pourra prétendre d'indemnités, s'il n'a fait constater les dommages par un procès-verbal au tems où ils étaient susceptibles d'être reconnus :*

1836. *Ni lorsqu'il n'aura pas provoqué en la forme légale la réparation d'un vice qui a occasionné sa diminution de jouissance.*

1837. *Quelle est la durée présumée du bail d'une grande exploitation, lorsque cette durée n'est pas fixée par le contrat?*

1838. *Le droit de chasse ne peut appartenir au fermier qu'autant qu'il lui a été expressément conféré par le propriétaire.*

1828. La Cour de Bruxelles (29 novembre 1809. J. P., 3e. de 1811, pag. 130.—*Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 369) a jugé que deux co-fermiers d'un moulin sont solidaires pour l'exécution du bail, quoique la solidarité n'y soit pas exprimée: « Attendu que la nature du contrat, savoir entreprise de mouture, est une affaire indivisible entre les preneurs sociétaires; partant, que, de cela seul, leur obligation est solidaire ». La Cour nous paraît avoir mal motivé son arrêt en disant que l'entreprise de mouture est indivisible (1); elle eût mieux fait, suivant nous, de le motiver sur ce que cette entreprise a été considérée comme indivisible par les co-fermiers, qui, dans l'acte, en prenant le moulin pour la totalité, n'ont pas stipulé qu'ils en partageraient la jouissance, ou qu'ils en jouiraient alternativement.

1829. La contribution foncière ne frappe que

---

(1) « Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement » (art. 1222 du C. C.).

« L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle » (art. 1218 du C. C.).

sur le produit net imposable : ce produit ne peut être connu que lorsque l'année est révolue (1) : par conséquent la contribution ne peut être perçue que l'année suivante. Ainsi la contribution que l'on perçoit en une année, et qui en a la dénomination, porte sur le produit net, non de cette année, mais de l'année précédente. Cette observation est importante relativement aux fermiers chargés, par le bail, des contributions foncières. Ils doivent autant d'années de contributions qu'ils ont eu d'années de jouissance, et ils doivent les contributions des années dont ils ont eu la jouissance. Or, comme la contribution foncière a pour bâse, ainsi que pour gage, la récolte de l'année précédente, et non celle de l'année dont elle a la dénomination numérique, ce n'est pas au titre de l'année qu'il faut s'arrêter pour savoir qui la doit ; mais il faut considérer quel est celui qui a joui l'année antérieure, et a récolté les fruits de cette année. Ainsi, un fermier, chargé des impositions foncières, ne devra pas celles qui se percevront la première année, mais il devra celles qui se percevront la dernière année de sa jouissance (Paris, 9 janvier 1809. J. P., 3e. de 1809, pag. 28).

---

(1) Pour détermininer la quotité de la contribution relativement aux terres labourables, on suppute leur produit brut, année commune, que l'on forme sur quinze années antérieures, moins les deux plus fortes et les deux plus faibles. Sur ce produit brut, année commune, on déduit les frais de culture, semence, récolte et entretien, et ce qui reste, forme le revenu net imposable (art. 56 et 57, tit. VI de la loi du 3 frimaire an VII).

1830. La clause du bail portant que les denrées qui composent le prix seront « livrables à la ferme » doit s'entendre non-seulement en ce sens que le fermier n'est point assujetti aux frais de transport, mais même en ce sens qu'il peut absolument refuser de livrer ailleurs qu'à la ferme, lors même que les frais de transport ne seraient pas à sa charge (*Cass.*, sect. des req., 1er. avril 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 14 février 1818. J. P., 3e. de 1818, pag. 495. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 71). Cette distinction, comme on le faisait observer dans la cause, est importante, puisque, si le fermier se chargeait du transport avant d'avoir fait la livraison, les risques du voyage le concerneraient; tandis que, au contraire, s'il ne voiture la marchandise qu'après en avoir fait la livraison, il n'est plus tenu de la perte ou de la détérioration des objets qu'autant qu'elle résulte de sa faute ou de sa négligence.

1831. L'art. 522 du Code civil dit que « les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention »; et l'art. 524 immobilise également « les objets que le propriétaire du fonds a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ». Il suit clairement de ces articles que, pour que des animaux soient ainsi immobilisés par destination, et que le fermier puisse empêcher le propriétaire de les retirer, il ne suffit pas que le propriétaire

en ait laissé la jouissance au fermier ; qu'il faut une convention positive, ou un fait, faisant présumer qu'ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds ; autrement le fermier n'en jouit que précairement (Bruxelles, 8 août 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 211).

1832. On ne saurait mettre au nombre des cas fortuits dont le bailleur soit tenu l'événement ou le traité qui a détaché du territoire français un pays voisin où le fermier d'une forge s'approvisionnait des bois nécessaires à son exploitation : « Considérant que cette perte ne rentre nullement dans les événemens de force majeure prévus par les art. 1769 et suivans du Code civil ; que le bailleur n'est pas garant des causes qui peuvent concourir à augmenter le prix du bois nécessaire à l'exploitation ; que si le bail notarié du 8 juillet 1806 eût été fait avant la réunion temporaire du pays de Porentruy à la France, et qu'il fût résulté de cette réunion des avantages plus ou moins considérables en faveur du preneur, le bailleur n'aurait pas pu s'en prévaloir pour demander une augmentation de fermage ; que, par une juste réciprocité, le preneur ne peut exciper du cas d'événement contraire pour obtenir une diminution de fermage » (Colmar, 20 novembre 1816. J. P., 1er. de 1818, pag. 284).

1833. L'art. 1773 du Code civil porte que la clause par laquelle le preneur a été chargé des cas fortuits « ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou

coulure ; elle ne s'entend point des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits, prévus ou imprévus ». A plus forte raison faut-il décider que, lorsque le preneur s'est réservé de demander une indemnité pour les pertes de récoltes occasionnées par *force majeure*, l'effet de cette clause s'étend aux pertes occasionnées par le fait du prince ou les accidens de la guerre (Paris, 29 avril 1817. J.P. 3ᵉ. de 1817, pag. 493.—*Sirey*, tom. XVIII, 2ᵉ. part, pag. 50).

1834. En rapprochant l'art. 1773 du Code civil des art. 1769, 1770 et 1771, qui ne s'occupent que des pertes de fruits, et surtout en le rapprochant des art. 1722 et 1741, qui s'occupent des pertes du fonds, on voit que cet article n'a lui-même trait qu'aux pertes de fruits ; et que, lorsqu'il dit que le preneur supporte tous les cas fortuits extraordinaires, s'il a été chargé de tous les cas fortuits, prévus et imprévus, il n'entend parler que des événemens qui feraient éprouver au preneur des dommages dans les fruits, et non de ceux qui détruiraient la substance de la totalité ou d'une partie du fonds, ou qui lui en enleveraient la jouissance, des dommages qu'il éprouverait *in fructibus, et non in substantiâ rei.* Ainsi, malgré la clause qui mettait à la charge d'un fermier les cas prévus ou imprévus, la Cour de Turin (16 mars 1811. J.P., 1ᵉʳ. de 1812, pag. 283. —*Sirey*, tom. XI, 2ᵉ. part., pag. 353) lui a alloué

une diminution de bail pour la perte que lui occasionnaient une route ordonnée par le gouvernement et des inondations, suites de travaux également ordonnés. Cette décision est d'autant plus juste que le propriétaire reçoit lui-même du gouvernement une indemnité, qui le paie de sa chose, un capital, qu'il placera et dont il recevra les intérêts, en compensation de la diminution dans le prix du bail ; qu'ainsi il n'est aucunement lésé.

1835. Mais observons que, d'après le principe que la preuve d'un fait est toujours à la charge de celui qui l'allègue, le fermier, non chargé des cas fortuits, ne pourra cependant prétendre d'indemnité s'il n'a pas fait constater les dommages qu'il dit avoir éprouvés, par un procès-verbal légal, au tems où ils étaient ostensibles et susceptibles d'être reconnus (*Cass.*, sect. des req., 25 mai 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Poitiers du 17 juillet 1806. J. P., 2e. de 1808, pag. 369.—*Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 80.—*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 320).

On argumente envain, pour soutenir l'opinion contraire, des expressions de l'art. 1769, qui dit que « l'estimation de la remise ne peut avoir lieu *qu'à la fin* du bail ». Il ne s'en suit point que les bases de cette estimation ne doivent pas être établies plus tôt, et que les preuves des faits qui seront pris en considération dans cette estimation ne doivent être recueillies dans le moment où les faits sont susceptibles d'être constatés.

1836. La Cour de Colmar (arrêt du 20 novembre 1816, cité sous un autre point de vue,

n°. 1832) a jugé, avec autant de raison, qu'il n'est pas dû au fermier d'indemnité pour diminution de jouissance, bien que la perte de cette jouissance ait été occasionnée par le vice de la chose louée, lorsqu'il n'a pas provoqué en la forme légale la reparation de cette chose. Car si le vice existait lors de la passation du bail, l'art. 1771 n'alloue aucune indemnité au fermier ; et si ce vice est survenu depuis, le fermier seul a pu le connaître, et devait en prévenir le propriétaire.

1837. Avant le Code civil, la Cour de Paris (13 prairial an XI. J. P., 1er. de l'an XII, pag. 104) a jugé que la durée présumée du bail d'une grande exploitation, lorsqu'elle n'a pas été fixée dans le contrat, est de neuf années : « Attendu que, d'après l'usage des lieux, les baux des fermes importantes se font ordinairement pour neuf années consécutives, lorsqu'ils ne contiennent pas la clause restrictible à trois et à six années, au choix soit de l'une, soit de l'autre des parties, soit des deux : — Attendu que, lorsqu'un semblable bail ne contient aucune fixation de délai pour la jouissance, il faut se décider par l'usage, suivant cette maxime *in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* ». Nous n'hésitons pas à penser qu'il en doit être autrement sous le Code, et qu'il faut, sous lui, prendre, dans ce cas, pour règle d'interprétation, celle qu'il donne, dans l'art. 1774 (1), pour les baux faits sans écrit ; car

(1) « Le bail sans écrit d'un fonds rural est censé fait pour le tems qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits de l'hé-

le bail est alors sans écrit relativement à la clause de durée.

1838. Le droit de chasse ne peut appartenir au fermier qu'autant qu'il lui a été expressément conféré par le propriétaire : « Attendu que le gibier qui se repeuple dans les terres ou dans les bois, ne peut être assimilé aux fruits produits par les terres ou par les bois, et que le droit de chasse est une dépendance de la propriété ». (Paris, 19 mars 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 460).

CHAPITRE III.

Du Louage d'ouvrage et d'industrie.

1839. *Des traités de remplacement peuvent être faits entre des remplaçans et des jeunes gens déjà appelés au service militaire :*

1840. *Ou pouvant y être appelés.*

1841. *Faut-il prononcer la validité des traités par lesquels des tiers s'entremettent entre les remplacés et les remplaçans ?*

1842. *Le prix payé pour le remplacement d'un individu qui a profité du remplacement, donne-t-il, contre lui, une action en répétition de ce prix ?*

1843. *Lorsque le remplaçant est appelé pour son propre compte, et que le remplacé est obligé de servir, il faut réduire le prix du remplacement selon la duréedu service, les fatigues et les dangers du remplaçant :*

1844. *Tout le prix en est dû si, lors de ce rappel, le remplacé s'est fait exempter du service.*

---

ritage affermé — Ainsi le bail à ferme d'un pré, d'une vigne et de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an. — Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles » (art. 1774 du C. C.).

1845. *Mais si, pour obtenir son exemption il a été obligé de payer une indemnité, le remplacé doit lui en tenir compte.*

1846. *Tout le prix est également dû si le remplaçant est libéré par l'effet d'un congé qui libère également le remplacé.*

1847. *Si le remplacé dont le remplaçant avait déserté, dans le délai pendant lequel il en était responsable, s'est fait exempter du service en se fondant sur la rentrée au corps du remplaçant, il ne peut se dispenser de payer à celui-ci le prix du remplacement.*

1839. Les conventions relatives au louage d'ouvrage et d'industrie ne se rédigent point, en général, devant Notaires. Les seules de ce genre qui soient passées devant eux, ou plutôt dont les écrits leur soient déposés, sont celles qui ont rapport aux devis. Le chapitre du Code qui traite de ces matières est donc de fort peu d'intérêt pour les Notaires ; et la jurisprudence ne nous a point fourni, sur ce chapitre, d'arrêts qui puissent les concerner.

Mais il est une espèce de contrats dont il n'est point traité dans le chapitre du louage, où il peut cependant trouver place, et qui, rédigé presque toujours devant Notaires, a donné naissance à une multitude d'arrêts ; c'est le contrat de Remplacement pour le service militaire, véritable louage de service.

Notre Code, recueil des lois civiles, n'a point dû s'occuper des traités de remplacement pour le service militaire, parce que leur bâse repose sur la législation politique : et, lorsque celle-ci s'en est occupée, elle a eu en vue les rapports des citoyens avec l'état, plutôt que ceux des citoyens à

l'égard les uns des autres ; elle a fixé les effets du remplacement relativement à l'état plutôt que relativement aux contractans entr'eux. Il en est résulté que presque toutes les difficultés qui se sont élevées entre les remplacés et les remplaçans ont été abandonnées à l'équité des juges ; que le plus souvent leur solution n'est point susceptible de discussion de droit, et ne se prête qu'à des observations de simple raisonnement.

Les arrêts que nous citerons, bien que rendus la plupart sur des traités relatifs à la conscription, qui est aujourd'hui abolie, n'en ont pas moins conservé tout leur intérêt : car ils ont prononcé sur des traités relatifs, non à la conscription en elle-même, mais au service militaire en général, qui subsistait alors sous le nom de conscription, et qui subsiste aujourd'hui sous un autre ; changement fort indifférent pour le fond des questions.

La loi aujourd'hui en vigueur sur le service militaire est la loi des 10 — 12 mars 1818. Son art. 18 s'exprime ainsi : « Les jeunes gens définitivement appelés à faire partie du contingent pourront se faire remplacer par tout homme valablement libéré, pourvu qu'il n'ait pas plus de trente ans, ou trente cinq ans s'il a été militaire, et qu'il ait la taille et les autres qualités requises pour être reçu dans l'armée...—Les substitutions de numéros pourront avoir lieu entre les jeunes gens du même tirage... — Les stipulations particulières qui pourraient avoir lieu entre les contractans, à l'occasion desdits remplacemens

et substitutions, seront soumises aux mêmes règles et formalités que tout autre contrat civil ».

Le chap. X de l'ordonnance des 12 août — 8 septembre 1818 règle les formalités relatives à l'exécution de ces remplacemens et substitutions.

1840. Ces loi et ordonnance ne parlent que des remplacemens et substitutions de numéros entre jeunes gens *définitivement appelés*.

Nulle disposition n'y existe, non plus que dans aucune autre, sur les remplacemens et substitutions entre jeunes gens *qui pourraient être appelés*. Peuvent-ils également traiter entr'eux? Il n'y a point entre les deux cas analogie parfaite; ni, dès-lors, droit d'argumenter de la disposition relative au premier cas, pour l'étendre au second. Car on pourrait dire que, dans le premier cas, il s'agit d'un traité sur un événement actuel, d'un marché ordinaire; que, dans le second, il s'agit d'un traité sur un événement possible, d'un traité aléatoire : que beaucoup de gens, calculant fort légèrement et fort mal les chances, peuvent s'engager à un remplacement ou à une substitution possibles, mais non actuels, moyennant des conditions très-désavantageuses; que, les chances défavorables se réalisant, ils éprouvent des regrets, et embrassent, malgré eux, le service militaire, dont alors ils s'acquittent moins bien; que les traités avant l'appel tendent ainsi à donner à l'état de mauvais soldats, sont dès-lors contraires à l'ordre public, et doivent être prohibés. Mais ces raisonnemens nous paraîtraient

forcés : car l'incertitude des chances est autant pour ou contre les remplaçans que pour ou contre les remplacés ; il n'y a pas alors de raisons pour croire que le remplaçant sera lésé, plutôt que le remplacé ; et on peut alors présumer que ce prix sera fixé dans une juste proportion. Dans tous les cas, la possibilité de surprise et de fraude, n'est point une raison pour annuller, en thèse générale, un genre de contrat ; car la surprise et la fraude peuvent s'introduire dans tous. Les traités pour des remplacemens éventuels doivent donc être permis, comme les traités pour des remplacemens certains. Nous ne connaissons, au surplus, aucune décision, législative, réglementaire, ou judiciaire, qui frappe de nullité des traités de ce genre.

1841. Mais que faut-il décider relativement aux traités par lesquels des tiers s'entremettraient entre le remplacé et le remplaçant, aux traités par lesquels des tiers s'obligeraient vis-à-vis d'un individu à lui fournir un remplacement ou une substitution de numéros, et feraient obliger vis-à-vis d'eux d'autres individus à devenir remplaçans de ceux qui seraient désignés. Un tel traité a été annullé par la Cour suprême, comme offrant un trafic illicite (*Cass.*, sect. des req., 12 décembre 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Turin du 3 janvier 1810. J. P., 1er. de 1811, pag. 278. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 53. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 30). M. Merlin, sur les conclusions duquel cet arrêt a été rendu, a dit : « L'ordre public est

compromis en ce que, pour se ménager des sacrifices plus considérables de la part des conscrits, l'entrepreneur des engagemens ne manque jamais de leur exagérer les fatigues et les dangers du service auquel ils peuvent être appelés, et que les impressions produites par ces exagérations, agissant sur une grande masse, ne peuvent avoir que des résultats funestes au recrutement de l'armée. — L'ordre public est encore compromis, en ce que, pour se procurer des remplaçans au meilleur marché possible, l'entrepreneur leur assure une somme modique, pour prix de leur engagement à se tenir prêt à marcher, et s'oblige de leur payer, en cas qu'ils marchent en effet, une autre somme qui est toujours d'autant moins forte que ces remplaçans éventuels ont plus de chance de ne l'être jamais que de nom; en sorte que, le cas du remplacement effectif arrivant, les remplaçans n'ayant point touché le véritable prix du service auquel ils se sont assujettis pour d'autres, éprouvent des regrets, qui bientôt amènent le dégoût et multiplient les désertions. — Aussi le gouvernement s'est-il ouvertement prononcé contre ces spéculations, par l'organe du ministre d'état, directeur général des revues et de la conscription militaire. Témoin l'art. 121 de l'instruction adressée par cet administrateur, le 11 février 1808, aux préfets de tous les départemens ».

Ces raisons, à l'exception de celles qui ont rapport aux chances du tirage, s'appliqueront également, si on les adopte, au cas où le traité

n'aurait lieu qu'après le tirage, afin de remplacer un individu tombé au sort.

Depuis cet arrêt de la Cour suprême, et depuis la nouvelle loi du recrutement du 10 mars 1818, il est intervenu, les 14 et 25 novembre 1821, une ordonnance sur les entreprises relatives aux remplacemens des jeunes gens appelés à l'armée. Elle porte, art. 1er. « aucune entreprise ayant pour objet le remplacement de jeunes gens appelés à l'armée, en vertu de la loi du 10 mars 1818, ne pourra exister qu'avec notre autorisation ».

D'abord, cette ordonnance n'est pas très-bien rédigée.

1°. Elle ne parle que des jeunes gens *appelés*, et non de ceux qui *pourraient être appelés*. Mais, par les motifs qui ont été exposés n°. 1840, elle a dû, *à fortiori*, songer à ceux-ci; et l'expression de *appelés*, un peu vague grammaticalement, doit les embrasser aussi, d'après l'esprit de l'ordonnance.

2°. Elle ne parle que des *remplacemens*, et non des *substitutions de numéros*; deux choses qu'elle eût dû distinguer, puisque la loi sur laquelle elle intervient les a elle-même distinguées. Mais les mêmes motifs de prohibition s'appliquent aux uns et aux autres; et on peut dire que le mot de *remplacement* doit, dans son sens large, comprendre la substitution de numéros, puisque cette substitution opère un changement de place entre les échangistes.

3°. Aucun accord n'existe entre ses motifs et son dispositif. Dans les premiers, elle se fonde

sur les dispositions des Codes relatives aux sociétés, et sur les avis du Conseil d'état des 1er. avril et 15 octobre 1809, relatifs aux associations de la nature des tontines et aux compagnies d'assurance mutuelle qui intéressent l'ordre public. Ces motifs donneraient à penser d'abord, que l'ordonnance ne s'oppose qu'aux traités faits pour des remplacemens par des sociétés non autorisées, et non aux traités faits par des tiers isolés : ensuite qu'elle ne s'oppose qu'aux entreprises par tontines ou par assurance mutuelle, puisque les avis, dont il y est question, n'ont trait qu'à ces genres d'associations ; d'où il résulterait qu'elle ne prohiberait pas les entreprises qui traiteraient avec des jeunes gens isolément, appelés ou non, pour leur fournir des remplaçans moyennant un prix arrêté, mais seulement celles qui feraient verser à plusieurs jeunes gens, non encore appelés, plusieurs sommes égales, dont le total serait ensuite réparti entre les seuls appelés. Mais ces interprétations, tirées des seuls motifs, sont rejetées par le texte de l'art. 1er., dont les termes généraux, *aucune entreprise*, embrassent toute entreprise, qu'elle soit formée par un seul ou par plusieurs, qu'elle ait lieu par tontine, assurance mutuelle, ou toute autre voie.

Ensuite, si cette ordonnance n'est fondée, comme sembleraient l'indiquer ses motifs, que sur la législation qui régit le contrat de société, si elle n'est qu'un réglement sur l'exécution d'une des parties de cette législation, la base sur laquelle elle s'est appuyée ne justifie pas l'étendue

de sa disposition, et la règle qu'elle a donnée est, dans sa latitude, une fausse application de la loi même qu'elle a eu pour but d'exécuter. En effet, en matière de société, la loi ne requiert l'autorisation du gouvernement que pour les sociétés anonymes (art. 37 du Code de comm.) : cette disposition, conçue en termes généraux, s'applique donc aussi aux entreprises pour remplacemens : d'où il suit que, d'après la loi invoquée par l'ordonnance, pour que ces entreprises soient assujetties à l'autorisation du gouvernement, il faut 1°. qu'elles ne soient pas formées par un seul individu, mais par une société ; 2°. que cette société soit anonyme. Or une disposition législative ne peut être changée par une disposition du pouvoir exécutif : il n'y aurait donc point lieu de prononcer, pour défaut d'autorisation de la part du gouvernement, l'annullation d'une société non anonyme pour des remplacemens.

Mais l'ordonnance pouvait s'appuyer sur deux autres motifs : 1°. Sur l'intérêt de l'Etat, qui ne permet pas que les conventions des particuliers puissent compromettre le sort de l'armée, ou nuire à sa bonne organisation ; 2°. sur l'art 6 du Code civil, suivant lequel on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ; et, comme les lois dont il s'agit dans cet article, ne s'entendent pas seulement des lois proprement dites, de celles qui sont rendues par les trois pouvoirs composant la puissance législative, mais encore des ordon-

nances ou réglemens émanés du pouvoir exécutif ou administratif dans les limites de ses attributions, il eût suffi au pouvoir exécutif de rendre l'ordonnance dont il s'agit dans la seule vue avouée de prévenir les entreprises des particuliers qui nuiraient à l'exécution de la loi de recrutement, pour que, cette ordonnance étant, par son seul objet, une loi d'ordre public, les particuliers n'eussent pu y déroger ni s'en écarter par leurs conventions.

Quoiqu'il en soit, voici ce qu'ajoute l'ordonnance sus-énoncée : « Les préfets prendront toutes les mesures administratives et de police autorisées par les lois à l'effet de prémunir nos sujets contre les actes irréguliers ou les entreprises illicites. — Ils déféreront à nos procureurs-généraux et procureurs près les tribunaux, ceux desdits actes qui auraient le caractère d'un délit ou d'une contravention prévus par les lois ». On voit 1°. que l'ordonnance n'attaque pas tous les actes de ces entreprises, mais seulement ceux qui auraient le caractère d'un délit ou d'une contravention : 2°. qu'elle ne les attaque que par les voies administratives et de police, c'est-à-dire, comme donnant ou ne donnant pas lieu à des peines, et non par des voies civiles, c'est-à-dire, comme devant avoir ou non des effets civils entre les parties. C'est aux tribunaux qu'appartient la décision de ce dernier genre de question ; et, dans cet état de législation, malgré les motifs qui ont été donnés par la Cour de cassation dans l'arrêt sus-énoncé, par M. le procureur-général dans ses

conclusions, et par l'ordonnance des 14-25 novembre 1818, il nous semble que ces traités ne sont contraires à l'ordre public qu'autant qu'ils ont effectivement eu lieu d'après des machinations coupables ; que ces machinations ne doivent pas se présumer, pas plus qu'aucune espèce de fraude; que dès-lors ces traités sont valides en eux mêmes, comme tous autres traités, sauf l'annullation pour les cas de fraude ou de surprise.

1842. Nous avons dit, tom. III, n°. 860, que l'héritier doit rapporter à la succession de son auteur les sommes que celui-ci a payées pour le remplacement de cet héritier. Nous allons examiner ici quels sont les autres effets de l'engagement souscrit pour ce remplacement.

Celui qui a payé le prix ou souscrit des obligations pour le prix du remplacement d'un conscrit qui n'a point paru dans l'acte, mais qui a profité de ce remplacement, peut-il exercer un recours contre le conscrit?

Pour décider la question, il faut d'abord examiner quelle est la nature de cet engagement, s'il doit être considéré comme un don ou comme un prêt : ensuite, en le regardant même comme un prêt, il faudra voir si ce prêt a pu engager le remplacé.

La nature de l'acte devra être recherchée, en premier lieu, dans les termes de l'acte même S'ils ne servent point à l'expliquer, on devra consulter la fortune des parties, leurs qualités respectives, tous les rapports qui pourraient exister entr'eux, et qui serviront à manifester l'intention

qui a présidé au contrat. Une donation pourra présumer moins difficilement de la part d'un père, d'une mère ou de tout autre ascendant. Toutefois, comme le mineur est, par le remplacement, libéré d'une dette personnelle, de l'obligation de servir l'Etat; comme il reconnait tacitement le traité en ne partant point à sa majorité; comme son refus d'en acquitter le prix est une ingratitude, et mérite dès-lors peu de faveur; comme d'ailleurs une donation se présume difficilement, nous pensons que, dans le doute de l'intention de celui qui a contracté pour le remplacé, il faudra juger que son intention a été de ne faire qu'un prêt, et non une donation.

Dans le cas où le prix aura été jugé n'avoir été fourni qu'à titre de prêt, il y aura alors lieu a voir si ce prêt donne droit de répétition contre le remplacé auquel il est censé avoir été fait.

L'affirmative ne paraît point douteuse quand le remplacé, majeur à l'époque de l'acte, en a eu connaissance, n'y a point formé opposition, l'a approuvé tacitement en profitant de ses effets.

En est-il de même du mineur? Nous le pensons. A la vérité, les art. 457 et 458 du Code civil ne permettent pas d'emprunter pour le mineur, d'hypothéquer et d'aliéner ses immeubles, sans l'autorisation d'un conseil de famille, homologué par le tribunal; mais les art. 1305 et 1312 du même Code font voir que le mineur, même non émancipé, peut s'obliger, et qu'il n'est restituable contre l'engagement que dans le cas de lésion, et dans celui où l'obligation n'aurait pas tourné à

son profit. Or il y a ici, de sa part, adhésion tacite, par le seul fait de sa demeure et du départ du remplaçant ; le prix du remplaçant a tourné à son profit jusqu'à la concurrence de la juste valeur du service fait et des risques courus pour lui ; il doit donc être tenu du prix du remplacement, si ce prix n'est point exorbitant.

Nous ferons remarquer que ceci n'est point en contradiction avec ce que nous avons dit, tom. III, n°. 860, pag. 272, que le mineur, regardé comme majeur pour la conscription, ne l'est point pour le remplacement : car, au n°. 860, nous avons attaqué seulement le raisonnement qui appuyait sur cette prétendue majorité exceptionnelle la validité de la ratification du mineur ; mais nous n'avons point dit que le mineur ne pût adhérer, quoique mineur, à l'engagement pris dans son intérêt. Nous ne contredisons pas non plus ce que nous avons avancé, au même numéro, que la dette personnelle de l'enfant est le service lui-même, et non le prix du remplacement : nous disons seulement que, si une somme lui a été prêtée pour acquitter sa dette personnelle, elle devient elle-même dette de l'enfant, et doit être acquittée par lui.

La Cour de Dijon (23 janvier 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 20. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 374) a refusé à un père le recours contre son fils, devenu majeur, pour le prix d'un remplacement dont l'acte avait été souscrit par le père pendant la minorité du fils. Nous approuvons cet arrêt à cause des circonstances de l'espèce.

La fortune du père était assez considérable pour laisser croire qu'il avait voulu faire un sacrifice en faveur de son fils ; le fils n'avait pas de biens sur lesquels le père pût avoir pensé à faire porter cette dépense comme gérant, en vertu de l'art. 1375 du Code civil. De plus, son fils lui était utile dans son commerce ; et alors, si on ne considérait pas le père comme ayant fait une donation, on pouvait le considérer comme ayant fait un calcul d'intérêt personnel.

Mais la Cour de Colmar (6 décembre 1815. J. P., 3e. de 1816, pag. 90. — *Sirey*, tom XVII, 2e. part., pag. 55. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 18) a admis le recours d'un beau-père contre son beau-fils qu'il avait fait remplacer pendant sa minorité, et a appuyé son arrêt sur la qualité de beau-père, qui ne fait point présumer la donation; sur l'élévation du prix proportionnellement à la modicité de la fortune de ce beau-père; sur ce qu'il gérait les biens du conscrit et devait alors être regardé comme ayant agi en qualité de gérant, ce qui lui donnait un recours, conformément à l'art. 1375 du Code civil; et enfin sur les raisons que nous avons indiquées plus haut comme validant, à l'égard du mineur, l'obligation qui résultait de son adhésion tacite au contrat.

Recherchons maintenant si le conscrit, pour lequel on a stipulé, est obligé vis-à-vis du remplaçant. Que le prix du remplacement doive, entre celui qui l'a fourni et le remplacé, être considéré comme une donation ou comme un

prêt, il n'en reste pas moins vrai que le remplacement a eu pour effet de libérer le remplacé d'une obligation personnelle ; que c'est au nom du remplacé que le traité est censé avoir été fait avec le remplaçant, qui dès-lors a recours contre lui. Ainsi jugé par la Cour de Paris, dans une espèce où le père du conscrit mineur avait stipulé seul (Paris, 7 février 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 87). On sent toutefois qu'il faudrait décider autrement si le contraire avait été stipulé dans l'acte, s'il y avait été dit que celui qui fournit le prix du remplacement s'oblige seul, ou si ce prix était excessif. Dans ce dernier cas, l'obligation du remplacé mineur serait restreinte au prix qui était alors le plus habituel pour les remplacemens.

1843. Lorsque le remplaçant est appelé et que le remplacé est obligé de servir, dès ce moment le service que fait le remplaçant a lieu pour son propre compte, et non pour celui du remplacé ; le remplaçant perd sa qualité, et, comme le prix convenu lui a été accordé en cette qualité et à raison du service qu'il ferait pour le remplacé, il n'a droit à ce prix que pour le tems où il a conservé sa qualité, et en raison de la durée du service qu'il a fait ; et l'engagement du remplacé ne doit pas avoir des suites au-delà du remplacement effectif, qui en est la cause unique. Mais l'équité demande aussi qu'on accorde en outre au remplaçant une certaine somme en raison des dépenses qu'il a été forcé de faire, du déplacement auquel il a été obligé,

des fatigues qu'il a essuyées et des dangers qu'il a courus, toutes circonstances dont l'appréciation dépend entièrement de l'arbitrage des juges.

C'est en vain que, pour obtenir la totalité du prix du remplacement, le remplaçant alléguerait que c'est une force majeure qui le contraint à servir pour son propre compte; car le remplacé avait évidemment traité, non pas seulement pour changer, relativement au service, de position avec le remplaçant, mais pour ne jamais être rappelé au service par le fait quelconque de son remplaçant. Dailleurs, en thèse générale, l'exception de force majeure, qui empêche d'exécuter la convention, est une raison suffisante pour que celui qui n'exécute pas cette convention ne soit pas condamné à des dommages-intérêts, mais ne fait pas qu'il doive recevoir lui-même un prix qu'il n'a point gagné. Enfin la force majeure qui arrête l'effet des conventions, frappant également sur l'une et sur l'autre partie, il n'est pas juste que l'une en souffre plus que l'autre.

D'un autre côté, le remplacé ne serait point recevable à alléguer que, obligé de servir lui-même, il peut refuser tout le prix du remplacement et réclamer ce qu'il a payé; car le remplacement a produit son effet pour tout le tems qui s'est écoulé jusqu'à l'appel du remplaçant, puisque c'est au remplacé que compte ce tems de service.

Cette doctrine a été consacrée par la jurisprudence (Nîmes, 5 juillet 1809. J. P., 1er. de

1810, pag. 539. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 251. — *Id.*, 23 mars 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part, pag. 443. — Turin, 24 avril 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 447. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part. pag. 80. — *Id.*, 4 juillet 1810. *Sirey, ibid.* — Bruxelles, 28 août 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 251. — *Id.*, 25 juin 1812. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 46. — *Denevers*, tom. XI, 2e. part., pag. 77).

Nous ferons observer que si, par le premier arrêt de Nîmes, et par le premier de Turin, les sommes allouées au remplaçant ont été celles qu'il avait déjà reçues, et les sommes à lui refusées celles qui lui restaient dues, c'est parce que ces sommes ont paru aux Cours proportionnées au service dont le remplacé avait été soulagé et à celui qui lui restait à faire, et non parce que les Cours auraient posé en principe que, quelleque soit la somme payée et la somme restant due sur le prix du remplacement, il ne doive y avoir lieu ni à restitution d'un côté ni à demande de l'autre. Une telle décision eût été absurde, en ce que, se réglant sur un fait accessoire, celui du paiement ou du non paiement, et non sur le fait principal, celui des services rendus ou non rendus, elle eût fait presque dépendre du hasard la solution de la question, eût alloué la totalité, une partie, ou rien au remplaçant, selon que les termes de paiemens auraient été stipulés proches ou éloignés.

La Cour de Poitiers, par arrêt du 4 février 1814, contre lequel le pourvoi a été rejeté (*Cass.*, sect. des req., 9 mai 1815. J. P., 3e. de 1815, pag.

286. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 310. — — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 265), dans une espèce où le remplacé, par l'effet de l'appel de son remplaçant, avait été forcé d'en acheter un second, n'a point résilié le contrat, comme le voulait le remplacé, mais lui a seulement alloué, à titre d'indemnité, la somme qu'il avait payée pour son second remplacement, et dont son premier remplaçant lui avait fait des offres.

Nous ne connaissons qu'un arrêt opposé à cette jurisprudence générale : c'est un arrêt de la Cour de Nîmes (8 août 1812. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 449), qui a accordé au remplaçant la totalité du prix du remplacement, quoique le remplacé eût été postérieurement obligé de servir, par le fait de l'appel du remplaçant. Cet arrêt s'est fondé sur ce que cet appel est provenu de la force impérieuse de la loi, et non du fait du remplaçant. Nous avons répondu plus haut à ce raisonnement.

1844. Mais le remplacé a-t-il également droit de demander une diminution sur le prix du traité si, lors de l'appel de son remplaçant, il n'a pas été obligé au service, mais s'en est fait exempter? La négative a été jugée, dans une espèce où il avait été exempté, à cause de la profession ecclésiastique qu'il avait embrassée depuis (Bruxelles, 17 février 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 156. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 45) : dans une autre, où il l'avait été parce que sa mère avait depuis acquis l'âge de soixante-onze ans (Colmar,

2 janvier 1811. J. P., 1er. de 1811, pag. 495. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 108) : dans deux où il s'était fait réformer (Angers, 11 juin 1811, J. P., 1er. de 1812, pag. 457. — Paris, 20 janvier 1815. J. P., 3e. de 1815, pag. 107) : et dans deux autres semblables, où, de plus, le contrat portait la clause de résolution, si le remplaçant était appelé pour son propre compte ; et où il a été décidé avec raison que cette stipulation devait s'entendre d'un appel suivi d'un service effectif de la part du remplacé, et non d'une simple désignation, suivie de dispense ou de réforme (Aix, 6 juillet 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 8. — *Cass.*, sect. des req., 11 mars 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen du 31 décembre 1816. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 191. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 80).

Les deux premières espèces n'étaient point susceptibles de difficultés. Ce n'était que depuis le remplacement que les causes qui avaient fait exempter le remplacé avaient existé : il avait obtenu du remplacement tout l'effet qu'il en pouvait désirer ; il en devait donc tout le prix.

Quant aux autres espèces, le même raisonnement s'y appliquerait évidemment si les causes de réforme n'avaient existé que depuis le remplacement ; et c'est ce que ne nous disent point les arrêtistes, et ce qui probablement ne fut pas examiné. Mais il nous semble qu'il faudrait décider de même dans le cas contraire, et dans tous les cas où le remplacé aurait été dispensé ou

réformé pour quelque cause que ce soit, existante ou non, lors de son remplacement, parce que, s'il ne les a pas fait valoir alors, il est présumé avoir préféré la voie du remplacement à celle de l'exemption; parce que le remplaçant ne doit pas souffrir d'un fait qui lui est étranger, et qu'un traité doit toujours être exécuté sans qu'il y ait lieu de rechercher si une des parties eût pu ne pas le faire.

1845. Néanmoins, d'un autre côté, si, pour jouir de son exemption, le remplacé a été contraint de payer une indemnité au gouvernement, le remplaçant doit lui en tenir compte, lorsqu'elle n'a été due que par le fait de l'appel de ce remplaçant (arrêt d'Angers du 11 juin 1811, cité au numéro précédent).

On pourrait opposer l'arrêt de Nîmes du 23 mars 1811, cité au n°. 1843, qui, dans une espèce semblable, alloue au remplaçant une partie seulement du prix du remplacement, au lieu de lui en allouer la totalité sauf à lui faire tenir compte du prix de l'indemnité de réforme du remplacé, et l'arrêt de la Cour de Caen du 31 décembre 1816, cité au numéro précédent, qui accorde au remplaçant tout le prix, sans lui faire tenir compte de l'indemnité de réforme. Mais il faut observer que la question d'indemnité n'a pas été agitée devant les Cours dans les deux espèces qui leur ont été soumises, et où seulement le remplaçant demandait tout le prix, et le remplacé n'en voulait accorder aucune partie, et où dès-lors les Cours n'avaient à juger que

sur le point de savoir si le prix ou une partie du prix était dû.

1846. Nous avons vu, n°. 1844, que dès que le remplacé a tiré du remplacement tout l'effet qu'il en pouvait désirer, celui d'être exempté du service, il ne peut se dispenser de payer la totalité du prix de ce remplacement. Tout ce prix est donc dû lorsque le remplaçant est libéré par l'effet d'un congé qui libère également le remplacé. C'est ce qui a été jugé :

1°. Relativement à un remplaçant réformé pour cause d'infirmités provenues depuis son entrée au service, décision qui se fondait sur l'art. 58 du décret du 8 fructidor an XIII (1) (*Cass.*, sect. civ., 28 décembre 1818, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 29 août 1816. J.P., 2e. de 1819, pag. 235. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 172. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 68) :

2°. Relativement à un autre dont la réforme avait eu lieu pour blessures reçues avant son entrée au service et ouvertes depuis cette entrée, mais était accordée après le délai de trois mois depuis son admission, tems suffisant pour que, aux termes de l'art. 54 du même décret du 8 fructidor an XIII, son congé de réforme ne pût donner lieu au rappel de l'individu qu'il avait été jugé apte à remplacer (*Cass.*, sect. civ., 27

---

(1) « Toutes les fois qu'un suppléant désertera ou sera réformé pour des causes non provenant du service, les engagemens contractés avec lui par le remplacé seront déclarés comme non avenus, et il sera tenu de rembourser toutes les sommes par lui reçues du remplacé » (art. 58 du décret du 8 fructidor an XIII).

janvier 1819, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 27 août 1816. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 243. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 200):

3°. Relativement à d'autres remplaçans libérés par des ordonnances de licenciement (Montpellier, 3 janvier 1815. J. P., 1er. de 1815, pag. 442. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 140. — Paris, 28 février 1815. J. P., 3e. de 1815, pag 109. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 99. — *Cass.*, sect. civ., 18 mai 1819, cassant un arrêt de la Cour de Nîmes du 5 janvier 1815. J. P., 1er. de 1820, pag. 142. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 329. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 419. — *Id.*, 10 juillet 1820, cassant un arrêt de la Cour de Nimes du 25 novembre 1817. J. P., 1er. de 1821, pag. 449. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag 413).

Faisons observer que la loi des 10-12 mars 1818 ne rend le remplacé responsable de son remplaçant que pour le cas de désertion, et pendant un an seulement ; que dès-lors, comme le dit l'art. 120 de l'ordonnance des 12 août et 8 septembre 1818, le remplacé, « hors ce cas, sera entièrement libéré, lors même que le remplaçant viendrait à décéder avant son incorporation, ou serait réformé, par un motif quelconque, à son arrivée au corps »; qu'ainsi tout congé, toute dispense, tout licenciement du remplaçant libère le remplacé, et l'oblige à payer le prix du remplacement.

Dans son arrêt du 5 janvier 1815, la Cour de Nîmes avait prétendu que l'ordonnance du 12 décembre 1814, qui a libéré les conscrits réfor-

més de la classe de 1815 des indemnités exigées par les lois sur la conscription, avait annullé aussi toutes les opérations relatives à la conscription, tous les engagemens y relatifs, tous les contrats de remplacemens; que dès-lors le remplaçant ne pouvait que réclamer un dédommagement, *arbitrio boni viri*. Ces raisonnemens ne méritent pas une réfutation. Le gouvernement a libéré d'une indemnité qui lui était due ; il a exercé une libéralité ; s'il eût annullé des actes passés entre des tiers, il eût fait une injustice, en donnant à sa loi un effet rétroactif. Par l'ordonnance du 12 décembre, il ne s'est occupé que des rapports qui existaient entre lui et ses débiteurs, et non de ceux qui existaient entre ses débiteurs et des tiers; il a voulu renoncer à ses droits, mais il n'a voulu ni n'eût pu blesser les droits d'autrui, ni la loi qui maintient les conventions légalement formées (art. 1134 du C. C.)

1847. Mais, comme la désertion du remplaçant dans le délai pendant lequel le remplacé en est responsable, oblige celui-ci à faire lui-même le service, elle entraîne à son profit la nullité du contrat.

Si toutefois le remplaçant, dont la désertion avait fait rappeler le remplacé, est ensuite rentré au corps, et si le remplacé s'est fait, par ce motif, dispenser du service, comme alors le remplacement reprend son effet, le prix en est dû au remplaçant, qui, de son côté, est tenu de rembourser les dommages-intérêts occasionnés par le fait de sa désertion (Bordeaux, 12 février 1819. J. P., 1er. de 1820, pag. 90).

Du Bail à cheptel.

1848. *Est un cheptel, et non une vente, le contrat par lequel une partie donne à l'autre certaine quantité de bestiaux, pour les nourrir et les soigner, à condition que le preneur fera compte au bailleur d'une somme convenue entr'eux pour lui tenir lieu de sa part du produit.*

1849. *Est illicite la convention que le bailleur sera affranchi de la perte soit partielle soit totale du troupeau.*

1850. *Le tiers, bailleur à cheptel, n'a le droit de réclamer le bénéfice de l'art.* 1813 *du Code civil que dans le cas où il a notifié le bail à cheptel avant l'introduction des bestiaux sur le domaine.*

1851. *Est un cheptel de fer l'acte par lequel le bailleur prête à son fermier une certaine somme pour acheter des bestiaux, à la condition par le fermier, de laisser, à sa sortie, des bestiaux d'une valeur égale à la somme prêtée.*

1852. *Le bailleur à qui il n'est dû aucun fermage n'a point le droit de s'opposer à la vente de quelques bestiaux pai lui donnés à cheptel, lorsqu'il en reste une quantité égal à celle qu'il a fournie.*

1853. *Le fermier qui vend à l'insçu ou sans la participation d propriétaire les bestiaux qu'il en tient à cheptel, n'es passible que de l'action civile.*

1848. « Le bail à cheptel est un contrat pa lequel l'une des parties donne à l'autre un fond de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner sous les conditions convenues entr'elles (art. 1800 du C. C.) ». D'après cette définition, il est clair qu'il faut regarder comme un bail à cheptel, et non comme une vente un contrat, par lequel l'une des parties donne à l'autre certaine quantité de bêtes pour les nourrir et les soigner, à condition que le preneur fera compte au bailleur

d'une somme convenue entr'eux pour lui tenir lieu du produit (Nîmes, 11 novembre 1819. J. P., 2ᵉ. de 1820, pag. 256); car, bien que le partage du produit soit une convention plus ordinaire dans ces contrats que le paiement d'une somme, et que même la loi en parle, et ne parle que de ce partage dans les définitions spéciales des divers cheptels (art. 1804, 1818 et 1821 du C. C.), cependant ce contrat n'est pas exclusif de cette autre condition, puisque, dans la définition générale du cheptel, énoncé dans l'art. 1800 du Code civil, ci-dessus cité, la loi dit que ce contrat est fait *aux conditions convenues entre les parties*. On ne sera donc tenu d'exclure de ce contrat que les conditions prohibées par des dispositions spéciales de la loi.

1849. Mais il faudra regarder comme telle, comme frappée de nullité par l'art. 1811 du Code civil (1), comme léonine, la condition que le bailleur sera affranchi de la perte soit partielle, soit totale, du troupeau, et que, dans tous les cas, le preneur sera tenu de rembourser le prix de l'estimation (même arrêt).

1850. L'art. 2102 du Code civil établit la règle

(1) « On ne peut stipuler, que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoiqu'arrivée par cas fortuit et sans sa faute ; — Ou qu'il supportera dans la perte une part plus grande que dans le profit ; — Ou que le bailleur prélevera, à la fin du bail, quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni. — Toute convention semblable est nulle. — Le preneur profite seul des laitages, du fumier, et du travail des animaux donnés à cheptel. — La laine et le croît se partagent » (art. 1811 du C. C.).

générale du privilège du propriétaire sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme louée ; l'art 1813 déroge à cette règle pour un cas particulier ; il porte : « Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient ; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce que son fermier lui doit ». Cette dérogation est de toute justice : car les choses qui garnissent la ferme ne deviennent le gage du propriétaire que parce qu'elles sont présumées appartenir au fermier, et la preuve contraire doit faire cesser l'effet de cette présomption. La notification forme cette preuve : mais, pour que l'esprit de l'art. 1813 du Code civil soit suivi, il ne suffit pas que cette notification soit faite au propriétaire du fonds avant la saisie par lui faite des bestiaux qui composent le cheptel ; il faut qu'elle le soit au moment de l'entrée des bestiaux sur le fonds ; autrement, dès qu'ils sont entrés sur le fonds sans cette notification préalable, ils ont été censés appartenir au fermier, et ont été frappés du droit de gage du propriétaire du fonds. L'art. 1813 du Code civil semble l'indiquer en se servant du mot *lorsque,* qui est indicatif du tems de la notification : mais ce qui le démontre surtout, c'est que, sans cette précaution sage, qui sert d'avertissement aux propriétaires pour la règle de leur conduite envers leurs fermiers, ils pourraient tous être frustrés de leur privilége par un acte frauduleux que ceux-ci passeraient avec un tiers (*Cass.*, sect. civ., 9 août 1815,

rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Nîmes du 7 août 1812. J. P., 1er. de 1816, pag. 154 — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 469. — *Denevers*, tom. XIII, 1re part., pag. 400. — Paris, 31 janvier 1818, J. P. 1er. de 1819, pag, 503).

Mais observons que, ces bestiaux ne devenant le gage du propriétaire de la ferme que parce qu'ils sont présumés appartenir au fermier, les arrêts ont bien saisi l'esprit de la loi, en ne déclarant valables la saisie faite de ces bestiaux par le propriétaire de la ferme qu'à la charge par lui de jurer qu'il n'avait pas eu connaissance qu'ils appartinssent au réclamant.

1851. « Le cheptel de fer, dit l'art. 1821 du Code civil, est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus ». D'après cette définition, il faut regarder comme constitutive d'un tel cheptel, et non comme constitutive d'un simple prêt, la convention, insérée dans un bail à ferme, par laquelle le bailleur prête au preneur une certaine somme pour acheter des bestiaux, à la condition par le fermier de laisser, à sa sortie, des bestiaux d'une valeur égale à la somme prêtée. Car les bestiaux sont alors achetés pour le propriétaire et en son nom ; la somme doit lui être rendue en ces bestiaux et non en argent ; et les choses sont dans la même position que s'il avait lui-même acheté et livré ces bestiaux au fermier

(Nîmes, 15 juin 1819. J. P., 1er. de 1820, pag. 557).

1852. « L'estimation du cheptel, donné au fermier, ne lui transfère pas la propriété »(art. 1822 du C. C.). Il s'ensuit que le fermier n'a point le droit d'aliéner les bestiaux qui composent le cheptel. Mais, comme, d'un autre côté, son obligation est simplement de laisser, à l'expiration du bail, des bestiaux d'une égale valeur, il y a lieu de décider que le propriétaire, à qui il n'est dû d'ailleurs aucun fermage, n'a point le droit de s'opposer à la vente de quelques bestiaux, lorsqu'il en reste une quantité égale à celle qu'il a fournie (*Cass.*, sect. civ., 8 décembre 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bourges. J. P., 1er. de 1807, pag. 321. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 52. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 52).

1853. Lors même que le fermier en vend une plus grande quantité à l'insu ou sans la participation du bailleur, qu'il aliéne ainsi ce qu'il n'avait point le droit d'aliéner, il n'est point coupable de vol, et ne commet même pas l'abus de confiance caractérisé par l'art. 408 du Code pénal ; il est simplement passible de l'action civile : « Attendu, sur les moyens de cassation proposés et pris d'une prétendue violation des dispositions des articles 379, 401 et 408 du Code pénal, en ce que la Cour royale du département de la Corse a jugé que le fait de la plainte, portant sur une soustraction frauduleuse, et par abus de confiance, de

bestiaux donnés à cheptel, n'aurait pu, en le supposant établi, donner lieu à aucune poursuite par voie correctionnelle. — Attendu 1°. que, d'après l'art. 379 du Code pénal, il ne peut y avoir lieu à l'application de l'art. 401 du même Code que lorsque les objets soustraits l'ont été frauduleusement; que, dans l'espèce, les bestiaux dont il s'agit étaient entre les mains du prévenu à titre de bail à cheptel; que ce bail et les droits qu'il lui avait transmis l'avaient constitué possesseur légitime des bestiaux qui en étaient l'objet; que, en les vendant sans le consentement du bailleur, il n'a donc pu être réputé coupable de les avoir soustraits frauduleusement, et que cette vente ne pouvait rentrer dans l'application dudit art. 401. — Attendu 2°. que ce même fait ne pouvait pas non plus opérer le délit d'abus de confiance prévu par l'art. 408; que des bestiaux donnés à cheptel ne peuvent, sous aucun rapport, être considérés comme confiés, à titre de dépôt, ni remis pour faire un travail salarié; que le bail à cheptel est un contrat dont tous les effets sont réglés par le code civil; que si, d'après l'art. 1805 de ce Code, l'estimation qui serait donnée au cheptel n'en transporte pas la propriété au preneur, le bailleur, d'après l'art. 1812, n'a, pas plus que le preneur, le droit de disposer du troupeau, soit en tout, soit en partie; que les droits et les obligations de l'un et et de l'autre sont corrélatifs; et que, si le preneur ne pouvait avoir d'action par la voie correc-

tionnelle contre le bailleur qui aurait indument disposé du cheptel, celui-ci ne peut pas davantage l'exercer contre le preneur » (*Cass.*, sect. civ., 5 octobre 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Corse du 9 août 1820. J. P., 1er. de 1821, pag. 497. — *Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag. 20).

TITRE NEUVIÈME.

Du Contrat de société.

Dispositions générales. — Des diverses espèces de société. — Des engagemens des associés entre eux et à l'égard des tiers. — De la dissolution de la société et de ses suites.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

1854. *Nature du contrat de société ;*
1855. *Son objet, son but et ses moyens.*
1856. *Règles générales sur les apports en société ;*
1857. *Sur la preuve en matière de société.*
1858. *Les associés ni ceux qui les représentent comme créanciers porteurs de la signature sociale ne peuvent opposer la société non écrite aux tiers porteurs des engagemens personnels d'un des associés.*
1859. *Les associés ne peuvent argumenter contre les tiers du défaut de société écrite. Il suffit à ceux-ci d'avoir traité sur la foi d'une société publiquement reconnue.*

1854. La société, considérée comme contrat, est, dans son acception la plus étendue, l'acte par lequel deux ou plusieurs personnes s'unissent pour parvenir à un but commun. Les jurisconsultes (1), et, après eux, le Code civil, considérant la société comme un moyen d'acquérir, l'ont définie « un contrat par lequel deux ou plu-

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. Ire., no. 1; Pothier, *Contrat de société*, no. 1.

sieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (Art. 1832 du Code civ.). L'union des personnes n'est point entrée dans cette définition : mais elle y est nécessairement sous-entendue, comme dérivant du mot même de *société* : car s'associer, c'est s'unir. Il peut y avoir communauté de choses ou d'intérêts entre les personnes, sans qu'il y ait société entr'elles. Telle est la communauté qui existe, quant aux biens de la succession, entre les héritiers ou légataires universels; et, quant à une même chose, entre les colégataires de cette chose. Cette communauté ayant lieu sans qu'il soit intervenu aucune convention entre les personnes, on ne peut pas dire qu'elles se soient unies. Aussi, sans aucun consentement de leur part, continue-t-elle, jusqu'à partage, non-seulement entr'elles, mais encore, après leur décès, entre leurs héritiers, avec les mêmes droits et obligations qui subsistaient entr'elles de leur vivant. Telle est aussi la communauté de choses établie par un contrat de société : cette communauté subsiste encore, jusqu'à partage, après la dissolution de la société : mais elle ne subsiste plus alors qu'avec les droits et obligations résultants du fait seul de la communauté, les autres droits et obligations cessant avec la société. La société, au contraire, ne peut se former que par l'union des personnes, et ne peut subsister qu'autant que dure cette union. Cette différence entre la société et la communauté ne provient pas seu-

lement de ce que la première ne peut avoir lieu sans convention, et de ce que la seconde peut résulter d'un fait indépendant de la volonté des parties : car, dans toute convention, « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention » (art. 1122 du C. C.). S'il est de la nature du contrat de société qu'on y soit censé avoir associé sa personne seulement, et non, après soi, la personne de ses héritiers (art. 1865 du C. C.), à moins d'une stipulation expresse (art. 1868 du C. C.), si la société cesse même entre les associés survivans par la mort naturelle ou civile de quelqu'un des associés (art. 1865 du C. C.), à moins de conventions contraires (art. 1868), il est évident que c'est que la société consiste essentiellement dans l'union des personnes, puisque l'une des personnes cessant d'assister, la société cesse aussi de plein droit.

1855. L'union des personnes ne serait qu'un vain mot, ou qu'un fait étranger à ce que nous appelons ici contrat de société, si elle n'avait pas un objet, un but et des moyens. On distingue donc trois choses dans la société : les biens ou l'affaire, qui en est l'objet; les bénéfices ou l'intérêt commun, qui en est le but; et les apports, qui en sont les moyens.

« Toute société doit avoir un objet licite » (art. 1833 du C. C.) ». Son objet « est illicite quand il est prohibé par la loi, quand il est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » (art. 1133).

« Toute société doit être contractée... pour l'intérêt commun des parties » (art. 1833 du C. C.). De là cette règle de droit qui déclare léonine et nulle la société dans laquelle tous les bénéfices sont attribués à l'un ou à quelques-uns seulement des associés. *Voyez* l'art. 1855.

« Chaque associé doit y apporter, ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie » (art. 1833 du Code civ.) ».

1856. Les choses apportées à la société deviennent sa propriété commune ; chacun des associés en devient propriétaire, à titre d'associé seulement, pour une part proportionnelle à celle qui lui est attribuée dans le fonds social. Des-lors les choses apportées forment le gage des créanciers de la société ; et chaque associé ne peut plus obliger à ses dettes personnelles que son intérêt ou sa part dans l'universalité du fonds social. Si la part indivise qui lui appartient, comme associé, dans les immeubles apportés est susceptible d'être hypothéquée à ses dettes personnelles, ce n'est que comme faisant partie de sa quote-part dans l'universalité du fonds social, et comme pouvant lui devenir un jour bien personnel par la dissolution de la société avant qu'elle ait disposé de ces immeubles. Cette part ne peut donc être ainsi hypothéquée par l'associé que sous la double condition, 1°. que les engagemens de la société primeront cette hypothèque ; 2°. que l'hypothèque ne vaudra qu'autant que l'associé deviendra, par le partage, propriétaire de la chose hypothéquée. C'est en conséquence de ces

principes que l'art. 529 du Code civil déclare meubles « les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendans de ces entreprises appartiennent aux compagnies ». Le même article ajoute, avec raison, que « ces actions ou intérêts sont réputés meubles, à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ». Car, après la dissolution de la société, il n'y a plus que communauté de fait, résultante de l'indivision ; la société, cet être de raison, qui était réputée seule véritable propriétaire des immeubles, n'existant plus, les immeubles deviennent biens personnels à chacun des communistes pour la part qu'ils y ont, sauf les effets ultérieurs du partage.

Au lieu d'apporter à la société la pleine propriété d'une chose, on peut n'y apporter que la jouissance de cette chose, si elle n'est pas susceptible de se consommer par l'usage qu'en fera la société. Dans ce cas, l'associé, qui demeure évidemment seul propriétaire du fonds, peut l'hypothéquer, l'aliéner pendant le cours même de la société, sous la réserve de la jouissance ou de l'usage conférés à celle-ci.

Comme le but de la société, et des apports qu'on y fait n'est pas d'échanger la propriété particulière des choses apportées contre une part indivise dans toutes les choses mises en commun, mais d'acquérir des bénéfices à l'aide de cette communauté, pour se partager ensuite ces bénéfices, il est sous entendu, à moins de clause con-

traire, dans le contrat de société, que, lors de la dissolution de la société, chacun des associés prélevera en nature, avant partage, les choses qu'il y aura mises, et qui n'auront été ni vendues ni consommées. Il suit de-là qu'on ne considère que comme éventuelle la translation de propriété des choses apportées à la société, et qu'on ne perçoit point de droit proportionnel pour ces apports. Mais quand, par le partage, les objets apportés sont abandonnés à un autre associé que celui qui en a fait l'apport, alors le droit proportionnel est perçu, soit sur le pied d'échange, si l'autre associé reçoit d'autres biens de la société en compensation, soit sur le pied de vente, si le cessionnaire lui paie le prix de ses deniers, parce qu'alors la mutation est devenue définitive, d'éventuelle qu'elle était. *Voy.* une instruction générale de la Régie, du 22 décembre 1807, n°. 360.

1857. Les formes prescrites par la loi pour la preuve des sociétés, l'ont été dans l'intérêt des associés entr'eux, et surtout dans l'intérêt des tiers, pour les mettre à l'abri des surprises.

« Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. — La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs » (art. 1834 du C. C. et 41 du Code de comm.).

« Les sociétés en nom collectif ou en comman-

mandite doivent être constatées par des actes publics, ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325 du Code civil » (art. 39 du Code de comm.). — « Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics » (art. 40) ». — « Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise » (art. 49). — « L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre, et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences. Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé à des tiers par les associés » (art. 42). « L'ordonnance du Roi qui autorise les sociétés anonymes doit être affichée avec l'acte d'association, et pendant le même tems » (art. 45) « Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés » (art. 50).

Ainsi, à l'exception des associations commerciales en participation, les sociétés de commerce doivent, comme les sociétés civiles, être constatées par écrit, et les sociétés anonymes ne peuvent l'être que par acte public. Les sociétés

de commerce doivent de plus être publiées dans la forme que nous venons de dire. Mais « de la combinaison de l'art. 1er. du titre IV de l'ordonnance de 1673 avec les art. 2 et 3 du titre XX de l'ordonnance de 1667, il résulte que le but unique du législateur a été de proscrire la preuve testimoniale qui serait offerte seule pour constater l'existence d'une société ou d'une obligation, lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur excédant 100 fr., ou de quelques modifications des conventions écrites dans les actes ; mais, loin qu'il ait établi dans les articles cités, que la preuve ne pourrait être faite que par la représentation même de l'acte écrit contenant la société, l'obligation ou la modification de la convention, il a, au contraire, formellement déclaré, par le dernier de ces articles, qu'il n'entendait pas exclure la preuve testimoniale lorsqu'il y aurait un commencement de preuve par écrit ». Par ces motifs, la Cour de cassation (sect. civ., 16 avril 1806. J. P., 1er. de 1806, pag, 497. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1204. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 334) a cassé un arrêt de la Cour de Paris, du 10 pluviose an XIII, qui avait jugé en point de droit qu'une société ne pouvait être prouvée que par la représentation de l'acte écrit qui la constitue, et que la preuve par témoin ne pouvait être admise, quels que fussent les commencemens de preuve par écrit. — Ce que la Cour de cassation a dit de la combinaison de l'art. 1er. du tit. IV de l'ordonnance de 1673 avec les

art. 2 et 3 du tit. XX de l'ordonnance de 1667 s'applique parfaitement à la combinaison de l'art. 1834 du Code civil, et des art. 39 et 41 du Code de commerce avec les art. 1341 et 1347 du Code civil, parce que l'écriture n'est pas plus de l'essence du contrat de société que des autres conventions ordinaires, et que, dans l'un comme dans les autres, elle n'est requise que pour la preuve. Ainsi, pour être fondé, entre associés, à se prévaloir d'une société dans une matière au-dessus de cent cinquante francs, il n'est pas nécessaire de représenter un traité social signé de toutes les parties.

L'acte par lequel un des associés s'est engagé à donner à l'autre une certaine somme pour qu'il consente à la dissolution d'une société qui est dite exister entr'eux, prouve donc suffisamment entre les parties l'existence de la société, et ne peut être annullé comme un contrat sur fausse cause, par cela seul que la société n'a point été rédigée par écrit (Paris, 17 avril 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 292. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1204).

Et l'associé pourrait également opposer à ses co-associés, pour preuve de l'existence de la société, à défaut de société écrite, les pétitions et autres actes relatifs aux affaires de la société dans lesquels ceux-ci auraient pris la qualité de co-associés (Bruxelles, 28 février 1810. *Sirey*, tom. XIV, 2e. partie, pag. 93).

1858. D'après ce qui a été établi dans le numéro précédent, si les créanciers de la prétendue

société ou les porteurs de la signature sociale demandaient contre les créanciers personnels, ou les porteurs de la signature individuelle d'un des associés, la division des masses, c'est-à-dire la séparation des fonds sociaux d'avec les biens personnels de l'associé, pour être payés par préférence sur les premiers, les demandeurs, n'étant que les ayant-cause de l'associé débiteur, ne faisant que le représenter comme associé dans ses droits sur le fonds social, ne pourraient opposer la société non écrite aux créanciers personnels de l'associé, qui le représentent, non comme associé, mais comme simple individu, qui ne sont que des tiers à l'égard de la société; et, faute de société écrite, faute de publication de cette société, si elle est commerciale, ils devraient être déclarés non recevables dans leur demande en division des masses: « Attendu... que c'est éminemment dans l'intérêt du public... que ces mesures tutélaires du placement des capitaux ont été décrétées; que, dans la discussion actuelle, le public est l'universalité des citoyens, moins les porteurs de la signature sociale, qui veulent s'en prévaloir contre cette universalité; que c'est à celui qui veut exciper d'un titre, d'une qualité quelconque, ou qui prétend à l'exercice d'un droit exclusif sur un objet spécial envers et contre tous, à établir non-seulement qu'il lui est acquis par le consentement des parties privées, mais encore qu'il est revêtu des formes extérieures que la loi a instituées dans l'intérêt général» (Rouen, 6 avril 1811. J. P., 2e. de 1811,

pag. 349. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 33).

1859. Mais si les tiers peuvent opposer aux associés le défaut de société écrite, il n'en est pas de même des associés à l'égard des tiers : car, d'un côté, les associés, seuls possesseurs de l'acte, pourraient le détruire ou en nier l'existence ; et, d'un autre côté, les tiers ne peuvent pas être forcés à représenter un acte qui n'est pas en leur possession. Il suffit donc pour ceux-ci qu'il y ait eu notoirement association, et qu'ils aient contracté sur la foi d'une société publiquement reconnue pour que, en matière de commerce, chacun des associés principaux soit tenu solidairement envers les porteurs des billets souscrits sous la raison sociale. Ainsi jugé sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (*Cass.*, sect. civ., 22 messidor an IX, rej. le pourv. contre un jug. du trib. civil du départ. du Lot du 17 thermidor an VII. J. P., an IX, pag. 7. — *Sirey*, tom. II, 1re. part., pag. 11. — *Denevers* tom. I, pag. 372. — *Id.*, 8 avril 1806, rej. le pourv. contre un jug. de la Cour de justice criminelle du département de l'Orne. J. P., 3e. de 1806, pag. 480) et sous le Code civil (*Cass.*, sect. civ., 23 novembre 1812 J.P., 2e. de 1813, pag. 15. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 171).

CHAPITRE II.

Des diverses espèces de société.

Des sociétés universelles. — De la société particulière.

1860. *Division des sociétés.*

1860. Les sociétés sont ou civiles ou commerciales.

Les sociétés civiles sont celles qui ont pour objet des affaires civiles; telles que la culture ou l'exploitation de certains biens, l'exécution ou la gestion d'une entreprise ou affaire non commerciale, et le partage des profits naturels, industriels ou civils qui en proviendront.

Les sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet un commerce quelconque, ou des opérations de banque ou de finances.

Les sociétés civiles se subdivisent en sociétés universelles et sociétés particulières.

Les sociétés commerciales ne sont, par leur nature, que des sociétés particulières. Rien n'empêcherait cependant les associés d'y joindre une société universelle, en y comprenant, soit tous leurs biens présens, soit seulement leurs meubles, ou en y ajoutant toute autre stipulation de la nature des sociétés universelles.

Mais alors, selon que l'universalité des biens compris dans la société sera ou non destinée aux opérations du commerce, ou que, par la stipulation ajoutée, les associés auront entendu dé-

roger ou non aux règles du droit commercial, la société sera ou purement commerciale, ou mixte, c'est-à-dire mêlée de société commerciale et de société civile.

SECTION PREMIÈRE.

Des Sociétés universelles.

1861. « On distingue deux sortes de sociétés universelles : la société de tous biens présens, et la société universelle de gains » (art. 1836 du C. C.).

Les Romains distinguaient aussi deux sortes de sociétés universelles : la société *universorum bonorum*, et la société *universorum quæ ex quæstu veniunt*; et toutes les deux avaient été reçues dans notre droit Français.

La société *universorum bonorum* comprenait tous les biens présens et à venir des associés, et par conséquent tous ceux qui pouvaient leur écheoir par successions, donations ou legs, comme ceux qui leur appartenaient au moment du contrat de société.

La considération de la nature du contrat de société, qui requiert l'égalité proportionnelle, jusque dans la répartition des chances de l'avenir, a porté les auteurs du Code civil à réduire

la société de tous biens à celle des biens présens, et à ne permettre d'y comprendre que pour la jouissance les biens qui pourraient venir aux associés par successions, donations ou legs. Toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est nulle (art. 1837 du C. C.). Mais, outre la jouissance de ces biens, les associés y peuvent comprendre la propriété de tous leurs gains à venir (même article), et par conséquent réunir la société universelle de gains à la société de tous biens présens, soit qu'ils y joignent ou non la jouissance des biens qui leur écherront par successions ou à autre titre gratuit.

« La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société : les meubles que chacun des associés possède au tems du contrat y sont aussi compris; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement » (art. 1838 du C. C.). Dans le droit Romain, et dans nos pays de droit écrit, les meubles mêmes n'y entraient que pour la jouissance : mais dans nos pays de droit coutumier la société de tous gains comprenait la propriété des meubles que les associés possédaient au jour du contrat. Le Code civil a donc suivi, en cela, le droit coutumier.

1862. « La simple convention de société universelle, sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains » (art. 1839 du C. C.).

« Les parties, dit Pothier, sont censées contracter cette espèce de société lorsqu'elles déclarent qu'elles contractent ensemble société, sans s'expliquer davantage ». Et ceci est fondé sur cette règle du droit Romain : *Coïri societatem simpliciter licet, et si, non fuerit distinctum, videtur coïta esse universorum quæ ex quæstu veniunt, L.* 7 ff., *pro Socio.* Remarquons que le Code civil ne dit pas *la simple convention de société*, mais *la simple convention de société universelle.* La règle du droit romain et l'opinion de Pothier ne doivent donc être suivies aujourd'hui que comme raison écrite, et dans les cas seulement où aucune circonstance ne peut faire présumer une société plus restreinte. Si donc des personnes commerçantes, ou exerçant une même profession civile, ou des professions différentes, mais qui peuvent s'aider l'une l'autre, faisaient entre elles une simple convention de société, cette convention n'emporterait pas société universelle de gains, mais seulement société des gains et profits à provenir de leur commerce ou profession.

1863. Comme, à la faveur des sociétés universelles, on pourrait aisément éluder les dispositions de la loi, relatives aux incapacités de donner ou recevoir ou aux réserves légales, le Code civil a dit : « Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner l'une à l'autre ou de recevoir l'une de l'autre ; et auxquelles il n'est

point défendu de s'avantager, au préjudice d'autres personnes » (art. 1840 du C. C.).

SECTION II.

De la Société particulière.

De la société particulière en matière civile. — Des personnes qui peuvent être ou non réputées commerçantes, et des actes de commerce. — De la société particulière en matière de commerce.

§. Ier.

De la Société particulière en matière civile.

1864. *Elle s'applique à certains biens, ou à certaine affaire ou profession.*

1864. Il existe deux espèces de sociétés particulières en matière civile : celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir (art. 1841 du C. C.), et celle qui est contractée, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession (art. 1842 du C. C.).

Pour juger si une société contractée pour une entreprise désignée, ou pour l'exercice de quelque métier ou profession, est une société civile ou de commerce, il faut examiner si l'entreprise, le métier ou la profession sont des actes civils ou de commerce, et s'ils constituent ou non commerçans ceux qui s'y livrent habituellement.

Cet examen intéresse encore les Notaires, par rapport à la question de savoir quels sont les contrats de mariage dont ils doivent, conformément à l'art. 67 du Code de commerce, transmettre les extraits aux greffes et chambres désignés en l'art. 872 du Code de procédure civile.

Il fera l'objet du paragraphe suivant.

§. II.

Des personnes qui peuvent être réputées ou non commerçantes, et des actes de commerce.

1865. *De ce qui constitue le commerçant, et de ce qu'il faut entendre par* actes de commerce.

1866. *On peut être déclaré commerçant, quoiqu'on n'en ait pas pris la qualité.*

1867. *N'est point acte de commerce la vente par le pépiniériste des arbres de son crû.*

1868. *Un propriétaire d'usines qui reçoit, en paiement de ses loyers, tant les marchandises provenant de ces usines que d'autres, qui les emmagasine et les revend, fait-il des actes de commerce?*

1869. *Ne sont point actes de commerce, l'achat, par le directeur d'une maison d'éducation, de denrées pour la consommation de sa maison :*

1870. *Ni l'achat d'immeubles, par des particuliers non commerçans, fait afin de les revendre :*

1871. *Ni la société formée pour cet objet.*

1872. *Ni celle pour payer les dettes d'un gouvernement, moyennant la garantie d'une vente de domaines à réméré et la promesse d'une prime, en cas d'exercice de la faculté de réméré :*

1873. *Ni celle formée par actions au porteur pour la perception ou la répartition du péage d'un pont déjà construit.*

1865. L'art. 1er. du Code de commerce définit ainsi les commerçans. « Sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce, *et en font leur profession habituelle.*

Ainsi, bien que des actes de commerce suffisent pour rendre justiciable du tribunal de commerce (art. 631 du C. de com.), qui est alors compétent à raison de l'objet, *ratione materiæ*, ces actes, s'ils ne sont pas habituels, ne suffisent pas pour constituer le négociant, pour faire, par exemple, que leur auteur, à défaut d'exécution de ses engagemens, soit en faillite et non en déconfiture. Il faut, pour imprimer à quelqu'un cette qualité qu'il apparaisse une continuité

d'actes, de laquelle il résulte qu'il s'est livré constamment au commerce et en a fait sa profession habituelle.

Le principe est clair ; mais son application dépend beaucoup de la manière de voir des juges, et la question de fait est étroitement liée à la question de droit.

Quant à ce qu'on doit entendre par les mots *actes de commerce,* les art. 632 et 633 du Code de commerce en donnent l'explication.

« La loi répute actes de commerce, — Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ; — Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ; — Toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissemens de ventes à l'encan, de spectacles publics ; — Toute opération de change, banque et courtage; — Toutes les opérations des banques publiques ; — Toutes obligations entre négocians, marchands et banquiers ; — Entre toutes personnes, les lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place » (art. 632 du Code de comm.).

« La loi répute pareillement actes de commerce, — Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtimens pour la navigation intérieure et extérieure ; — Toutes expéditions maritimes ; — Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillemens ; — Tout affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à

la grosse; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; —Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; —Tous engagemens de gens de mer, pour le service de bâtimens de commerce » (art. 633 du Code de comm.).

On voit, surtout d'après l'art. 632, que la vente de denrées et de marchandises, considérée seule, n'est point un acte de commerce; qu'il faut, pour qu'elle le soit, qu'elle ait été précédée d'achat, et d'achat fait pour revendre; que le commerce se compose du mélange des achats et des ventes faites dans la vue les uns des autres; que dès-lors celui qui vend sans acheter ne fait point un acte de commerce.

1866. Comme les choses doivent être estimées d'après ce qu'elles sont en effet, indépendamment de la dénomination qu'elles ont ou n'ont pas, le fait, sans le nom, suffit pour constituer la qualité de commerçant. Dès-lors, pour qu'un individu qui ferait des opérations habituelles de commerce, sans prendre la qualité de commerçant, pût nier cette qualité, et prétendre qu'il n'est qu'un capitaliste qui a fait emploi passager de ses fonds, il faudrait qu'il pût prouver avoir une autre profession qui lui interdisait le commerce (Paris, 9 janvier 1813. J. P., 1er. de 1813, pag. 261).

1867. Les décisions qui vont suivre ne sont que des conséquences des principes exposés dans les deux numéros précédens.

Ne sont point actes de commerce la vente par le propriétaire terrier des productions de sa propriété (art. 638 du C. de com.):

Ni par conséquent la vente par le pépiniériste des arbres de son crû (Colmar, 17 juin 1809. *Sirey*, tom. XIV, 2ᵉ. part., pag. 370. — *Denevers*, tom. VIII, 2ᵉ. part., pag. 114) :

Car, dans ces cas, la vente n'a pas été précédée d'achat.

1868. Mais que faut-il décider à l'égard du propriétaire d'usines qui reçoit, en paiement de ses loyers, tant les marchandises provenant de ces usines que d'autres, qui les emmagasine et les revend? La Cour de Paris (21 mars 1810. J. P., 3ᵉ. de 1810, pag. 470) a jugé qu'il n'était point négociant et ne pouvait dès-lors tomber en faillite, mais seulement en déconfiture. La décision de la Cour est juste, mais uniquement parce que le propriétaire ne faisait point de ces actes sa profession habituelle, condition nécessaire pour constituer le commerçant, ainsi que nous l'avons dit n°. 1865, et non pas parce que de tels actes ne seraient pas actes de commerce, comme a paru le penser la Cour lorsqu'elle a dit : « Attendu qu'on n'aperçoit que des ventes, jamais d'achats ». La Cour a confondu le propriétaire qui vend ses productions, avec le propriétaire qui reçoit, en paiement d'un loyer fixé en argent, des marchandises pour les revendre. Donner en paiement c'est vendre; *dare in solutum est vendere;* par conséquent recevoir en paiement c'est acheter ; et acheter pour revendre c'est faire un acte de commerce (art. 632 du C. de com.).

Ces actes ne suffiraient donc pas pour faire

déclarer leur auteur en faillite, et non en déconfiture; mais ils le rendraient justiciable du tribunal de commerce (art. 631 du C. de com.).

1869. N'est point un acte de commerce l'achat, par le directeur d'une maison d'éducation, de denrées pour la consommation de sa maison (Paris, 19 mars 1814. J. P., 1er. de 1815, pag. 306. — *Sirey,* tom. XVI, 2e. part., pag. 85. — *Denevers,* tom. XIV, 2e. part., pag. 33). Car, bien que dans le prix de la pension soit compris celui de la nourriture, il est évident cependant que cette nourriture n'est point l'objet de l'établissement; qu'alors le maître ne fait point la profession d'acheter des denrées pour les revendre.

1870. N'est pas non plus acte de commerce l'achat d'immeubles, fait pour les revendre : car pour constituer l'acte de commerce, il ne suffit pas que l'achat soit fait dans la vue de la revente, et que la revente ait lieu; il faut encore qu'il soit de denrées ou marchandises. Or, bien que l'on dise en droit que les immeubles sont dans le commerce, ce qui ne s'entend que par opposition aux choses qui ne peuvent faire la matière d'un contrat de vente, les immeubles ne sont cependant pas mis au rang des marchandises, proprement dites (Paris, 14 mai 1812. J. P., 2e. de 1812, pag. 520. — *Sirey,* tom. XII, 2e. part., pag. 339) :

1871. Ni la société formée pour cet objet. Ainsi jugé sous les anciennes lois (*Cass.,* sect. des req., 28 brumaire an XIII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens. J. P., 1er. de l'an

XIII, pag. 529. — *Sirey*, tom. VII, 2ᵉ. part., pag. 1205); et sous les nouvelles (Metz, 18 juin 1812. J. P., 2ᵉ. de 1813, pag. 554. — *Sirey*, tom. XII, 2ᵉ. part., pag. 417); car les associations pour une opération civile ne changent pas la nature de cette opération.

1872. Ni la société pour payer la dette d'un gouvernement, moyennant la garantie d'une vente de domaines à réméré et la promesse d'une prime, en cas d'exercice de la faculté de réméré : « Attendu que cette aliénation est une véritable vente, puisqu'elle se résout, par la simple expiration des délais, en une véritable vente : que les ventes d'immeubles ne sont point placées par l'art. 632 du Code de commerce au nombre des actes de commerce (*Cass.*, sect. des req, 14 décembre 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1818. J. P., 2ᵉ. de 1820, pag. 445. — *Sirey*, tom. XX, 1ʳᵉ. part., pag. 150).

1873. La société formée par actions au porteur pour la perception et la répartition du péage d'un pont déjà construit par une autre société antérieure, n'est pas non plus une entreprise commerciale, comme l'était celle qui avait été formée pour la construction du pont. Elle n'est évidemment que l'exploitation de la jouissance concédée du pont, ou plutôt du droit de péage (*Cass.*, sect. des req., 23 août 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Lyon du 15 décembre 1818. *Sirey*, tom. XXI, 1ʳᵉ. part., pag. 372).

1874. Mais est un acte de commerce une société pour l'achat et la revente de coupes de bois

(Colmar, 24 août 1808. J. P., 3e. de 1810, pag. 303.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1203):

1875. Et l'entreprise de la réparation de chemins publics, et de l'achat des pierres nécessaires à cette réparation (Caen, 27 mai 1818. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 350).

1876. N'est ni commerçant ni banquier un percepteur de deniers publics, s'il ne fait pas habituellement des actes de commerce ou des opérations de banque. Car recevoir des deniers pour en compter au trésor, sans donner autre chose qu'une quittance en échange de ce qu'on reçoit, ce n'est faire ni des actes de commerce, ni la commission proprement dite, ni la banque. Ce percepteur n'est réellement qu'un préposé du trésor (Paris, 25 juillet 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 397. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 215.— *Cass.*, sect. des req., 15 juillet 1817. — *Desenne*, sur l'art. 634 du Code de comm.).

1877. Sont commerçans :

Un entrepreneur de convois et pompes funèbres ; car il achète des marchandises *pour en louer l'usage* (art. 632 du Code de comm.) (*Cass.*, sect. des req., 9 janvier 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen du 18 août 1809. *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 125. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part. pag. 141) :

1878. Un directeur d'agence (art. 632 du Code de comm.); parce que, à moins d'indication contraire, une agence d'affaires est réputée comprendre aussi les affaires de commerce. Ainsi jugé dans une espèce où les prospectus de l'a-

gence portaient : *Agence d'affaires et de correspondance générale* (*Cass.*, sect. criminellle, 18 novembre 1813, rej. le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 15 mai 1813. J. P., 2e. de 1816, pag. 209. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 51) :

1879. Un spéculateur habituel d'effets publics à la bourse (*Cass.*, sect. des req., 18 février 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 220. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 253). Mais, comme l'habitude de ces actes est un fait dont les Cours royales sont juges suprêmes, elles pourront, malgré l'allégation de plusieurs marchés à terme faits isolément et à intervalles, déclarer qu'ils n'ont pas suffi pour constituer commerçant le spéculateur qui les a faits (Paris, 15 avril 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 124.—*Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 73. — *Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 116) :

1880. Un cafetier, car il est un marchand de boissons (Rouen, 4 décembre 1818. *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 328. — *Denevers*, tom. XVII, 2e. part., pag. 33) :

1881. Un aubergiste (Trèves, 19 avril 1809. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 408. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 115) : mais la Cour de cassation a jugé en sens contraire (*Cass.*, sect. civ, 6 décembre 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Colmar des 4 mai et 6 juillet 1813. J. P., 2e. de 1816, pag. 294. — *Sirey*, tom.

XVI, 1re. part., pag. 185. — *Denevers*, tom. XIV, 1re. part., pag. 103).

La première opinion nous paraît préférable; parce que l'état d'aubergiste ne consiste pas moins dans la vente de denrées que dans la location d'appartemens; et que, consistât-il seulement dans la location d'appartemens, comme ces appartemens sont garnis, l'aubergiste a donc acheté, pour les louer, des meubles, objets qui sont au nombre des marchandises :

1882. Un propriétaire d'hôtel garni (Paris, 21 novembre 1812. J. P., 2e. de 1813, pag. 68. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 269). C'est ce qui résulte de la dernière des raisons indiquées au numéro précédent relativement à l'aubergiste. — Dans l'espèce, il s'agissait d'une femme mariée qui a été alors jugée marchande publique (art. 220 du Code de comm.).

1883. Un titulaire d'un bureau de loterie (Paris, 26 avril 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 260. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 369. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 221) : car il n'est pas seulement commissionné, c'est-à-dire pourvu d'une commission, comme les commissaires, les juges, etc; il est véritablement commissionnaire, vendant pour l'Etat les chances de la loterie, et recevant de l'Etat, pour sa commission, une remise proportionnelle aux mises des acheteurs. Or, *toute entreprise de commission* est mise, par l'art. 632 du Code de commerce, au rang des *actes de commerce*; et il n'importe qu'on fasse la com-

mission pour un seul genre de ventes ou d'achats, et pour une seule maison de commerce, ou pour une seule personne : la loi ne distinguant pas, il suffit qu'on fasse sa profession habituelle de ce genre unique de commission, pour qu'on doive être réputé commerçant, suivant les articles 1er. et 632 du Code de commerce, combinés ensemble. — Dans l'espèce, c'était une femme mariée qui était titulaire du bureau de loterie. Or, comme la commission lui était donnée à elle personnellement ; qu'elle ne pouvait transmettre à son mari, ni partager avec lui la confiance de son commettant, elle a été jugée marchande, faisant un commerce séparé (art. 220 du Code de com.).

1884. Un débitant de tabacs. Il existe cependant trois arrêts contraires à notre opinion (Bruxelles, 6 mars et 5 mai 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 191 et 190. — *Denevers*, tom. XII, 2e. part., pag. 76. — Colmar, 30 juillet 1814. J. P., 3e. de 1814, pag. 479.) : « Considérant, a dit la Cour de Colmar, que les lois les qualifient de simples préposés, soumis aux visites et à la surveillance des employés de la régie, ainsi qu'au cautionnement (art. 29 du décret du 29 décembre 1810, et 49, 54 et 57 du décret du 12 février 1811) ; qu'il leur est alloué une rétribution déterminée et une remise en nature pour le trait de balance ; qu'ils ne peuvent altérer ni dénaturer les tabacs à la vente desquels ils sont préposés, et qu'ainsi ils ne peuvent pas les vendre au-dessus du taux qui est fixé ; qu'enfin ils ne sont pas assu-

jettis au droit de patente ». Toutes ces raisons ne nous paraissent pas très-concluantes. D'abord le défaut de patente n'empêche pas qu'on puisse être réputé commerçant, et l'on conçoit en effet que le même pouvoir qui a soumis les commerçans à la patente a pu en exempter une ou plusieurs classes, à raison du cautionnement qu'il leur imposait. En second lieu, de quelque manière que le commerçant rétribue son commissionnaire, il ne s'ensuit pas encore que ce commissionnaire ne soit, à l'égard des tiers, une personne qui fait l'*entreprise* d'un genre *de commission* de commerce, qui en fait sa profession habituelle, et qu'il ne faille lui appliquer, dans l'intérêt des tiers, les art. 1er. et 632 du Code de commerce. Qu'importe, d'ailleurs, qu'il soit qualifié, par son commettant, de simple préposé, soumis à la visite; qu'il ne puisse altérer ni dénaturer les marchandises; qu'il ne puisse les vendre qu'à un taux fixé. Il n'en sera pas moins, vis-à-vis des tiers, entrepreneur de commission pour la vente des tabacs de son commettant : et les tiers, qui ne traitent qu'avec lui, ne doivent pas moins avoir l'action commerciale contre lui ; d'autant plus que, dans l'espèce, on a moins que dans les autres l'action solidaire ou le recours contre le commettant.

1885. L'ancienne jurisprudence ne rangeait pas les artisans parmi les commerçans : le Code de commerce n'a point parlé de cette distinction, que la jurisprudence nouvelle paraît cependant avoir admise.

Mais, tout en voyant, dans les considérans de plusieurs arrêts, poser le principe de la nécessité de la distinction, nous n'y voyons nulle part établir le caractère distinctif entre le commerçant et l'artisan.

Il nous semble qu'il se trouve dans les termes mêmes de la loi.

« Sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle » (art. 1er. du C. de com.). Et « la loi répute acte de commerce tout achat de.... marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage » (art. 1632 du même Code.)

L'artisan ne sera donc commerçant qu'autant qu'il ne se bornera pas seulement à fournir sa main d'œuvre, mais achètera la matière propre aux travaux de son art, pour la revendre, soit dans l'état où il l'a achetée, soit après l'avoir travaillée, et fera habituellement de ces achats et reventes.

Ainsi, a été jugé commerçant le serrurier en bâtimens, qui habituellement achète du fer, pour le revendre après l'avoir travaillé, encore qu'il travaille pour des entreprises ou des commandes (*Cass.*, sect. crim., 5 mars 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 13 août 1812. J. P., 3e. de 1813, pag. 13. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 137. — *Denevers* tom. XI, 1re. part., pag. 73.).

Et a été jugé non commerçant,

Un meûnier qui, sans vendre des grains, ne fait que moudre ceux qu'on lui apporte (Colmar, 23 mars 1814. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 92.).

Sans contester que des artisans qui achètent des marchandises pour les revendre, après les avoir travaillées, fassent des actes de commerce, et soient dès-lors commerçans quand ces actes sont habituels, on a prétendu que, hors de ces achats et reventes, ils ne devaient point être considérés comme commerçans; qu'ainsi, conformément aux art. 636 et 637 du Code de commerce, les billets qu'ils souscrivent ne sont pas à considérer comme billets de commerçans, s'ils n'ont pas trait à des opérations de commerce. Et deux arrêts ont été rendus en ce sens; l'un en faveur d'un boulanger (*Cass.*, sect. des req., 28 février 1811, rej. un pourv. de la Cour de Trèves du 7 décembre 1808. J. P., 2e. de 1811, pag. 273. —*Sirey*, tom. XI, 1er. part., pag. 234.—*Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 239); et l'autre en faveur d'un cordonnier (Colmar, 22 novembre 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 391.—*Sirey*, tom. XIV, 2e. part., art. 148). Les Cours ne donnent aucun motif à l'appui de cette opinion, qui nous semble formellement contraire aux art. 1er. et 632, ci-dessus cités du Code de commerce.

1886. L'art. 638 du Code de commerce dit que « les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce... lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée ». L'expression de *billets*, étant générique, comprend donc

les billets de toute espèce ; ceux qui ne sont pas à ordre, les simples reconnaissances, comme ceux à ordre. Ainsi jugé contre un agent d'affaires (Paris, 6 décembre 1814. J. P., 1er. de 1815, pag. 344. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 54).

§. III.

De la Société particulière en matière de commerce.

De la société en nom collectif. — De la société en commandite. — De la société anonyme. — Des associations en participation.

1887. *Des diverses espèces de sociétés ou associations commerciales.*

1887. « La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme » (art. 19 du Code de comm.). Nous verrons plus loin qu'elle reconnaît en outre les associations commerciales en participation (art. 47 du même Code). Mais occupons-nous d'abord des trois premières, qui ont des règles communes, non applicables à la quatrième espèce.

PREMIER SOUS-PARAGRAPHE.

De la société en nom collectif.

1888. *De sa nature ; de la raison sociale ; de la solidarité ; du droit de gestion ; et de la signature sociale.*

1889. *Bien qu'une société n'ait pour objet que l'achat et la revente d'immeubles, si elle est contractée sous la forme d'une société en nom collectif, avec raison sociale, la vente faite par un des associés, tant pour lui que pour son co-associé, et signée de la raison sociale, sera valable pour le tout.*

1890. *Lorsque l'engagement n'a point été signé sous la raison sociale, les tiers ne peuvent intenter contre la société l'action* de in rem verso, *si l'affaire a été traitée et l'engagement signé avant la formation de la société.*

1891. *Le commis intéressé n'est point associé.*

1888. « La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale » (art. 20 du Cod. de comm.).

La raison sociale est *le nom collectif* sous lequel les opérations de la société sont faites, et duquel sont signés les engagemens de la société. Il ne peut entrer dans ce nom collectif ou raison sociale que les noms des associés (art. 21 du C. de comm.) ; autrement le public, qui serait porteur des engagemens de la société, croirait avoir pour obligées d'autres personnes que les véritables associés. Mais on n'est pas tenu d'y mettre expressément tous les noms des associés ; il suffit d'y désigner ceux qui n'y sont pas nommés par l'addition de ces mots *et compagnie.*

Ce qui caractérise principalement la société en nom collectif, c'est que tous les associés sont tenus solidairement des engagemens de la société, quelle que soit d'ailleurs la part sociale

de chacun d'eux, et encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (art. 22 du Code de comm.); 2°. que chacun des associés est, de plein droit, gérant et administrateur de la société, et peut faire usage de la signature sociale, s'il n'y a stipulation contraire dans l'acte de société.

Par gérant et administrateur de la société, on n'entend pas seulement ici celui qui n'aurait que le pouvoir de faire ce qu'on appelle, en droit civil, des actes d'administration, mais bien celui qui peut faire tous les achats et reventes, et tous les autres actes de commerce pour lesquels la société a été contractée.

Dans l'acte de société en nom collectif, la solidarité entre les associés, le droit de gestion et l'usage de la signature sociale pour chacun d'eux n'ont pas besoin d'être stipulés. Toutes ces choses ont lieu de plein droit : la solidarité, parce qu'elle est de l'essence même de la société en nom collectif, et qu'on n'y pourrait pas déroger; le droit de gestion et l'usage de la signature sociale, parce qu'ils sont de la nature de ce contrat, et que, pour y déroger, il faut une convention expresse.

1889. Nous avons vu, n°. 1870 que les achats et reventes d'immeubles ne constituent pas, par eux-mêmes, des actes de commerce, et que celui qui s'y livre habituellement ne doit pas être, pour cela seul, réputé commerçant : et, n°. 1871, que dès-lors une société contractée pour achats et reventes d'immeubles n'est, par elle-même,

qu'une société civile. Elle n'engage donc chaque associé vis-à-vis des tiers que pour sa portion virile dans la société, et ne donnerait pouvoir à aucun des associés d'engager ou d'aliéner les parts des autres, à moins de stipulation contraire dans le contrat de société. Mais, bien que l'objet de la société soit purement civil, les parties peuvent prendre envers le public l'engagement d'être solidaires entr'elles pour toutes les obligations qu'elle contractera ; elles peuvent se communiquer entr'elles réciproquement le droit de gestion et de signature par une seule et pour toutes ; et elles peuvent à cet effet convenir d'une raison sociale, car toutes ces conventions n'ont rien de contraire au droit civil. Elles ajoutent à la loi civile ; mais ne la violent pas ; elles fortifient les engagemens légaux, par des stipulations licites. Les associés seront réputés avoir fait tacitement toutes ces conventions additionnelles s'ils ont contracté leur société dans la forme de société commerciale en nom collectif, sous une raison sociale. En conséquence, il faut décider que la vente d'un des immeubles du fonds social faite par l'un d'eux seul, *agissant tant pour lui personnellement que pour son co-associé*, et signée sous la raison sociale, est valable, non seulement pour la part appartenante au signataire, mais encore pour le surplus (*Cass.*, sect. des req., 10 mars 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rennes du 4 juillet 1816. *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 204).

1890. Les engagemens que l'associé en nom

collectif a signés de son nom seul, et non de la raison sociale, n'obligeant point la société, le tiers, porteur de l'engagement individuel d'un des associés, ne pourrait le faire valoir contre la société qu'en vertu de l'action *de in rem verso*, et en établissant que l'affaire a éte réellement faite pour le profit de la société. Mais si le traité et les billets souscrits en vertu de ce traité sont antérieurs au contrat de société, le tiers ne pourra argumenter de ce que les marchandises acquises par ce traité ont été versées dans la société : car la société a pu les recevoir comme apports de l'associé, comme choses appartenantes à l'associé, sans s'enquérir si le prix en avait été payé ou non, et sans vouloir prendre sur son compte les engagemens souscrits à cet effet antérieurement à la formation de la société; et l'action *de in rem verso* ne peut s'appliquer qu'aux affaires faites dans le cours de la société, et non aux conséquences ou suites des affaires faites antérieurement (*Cass.*, sect. civ., 13 fructidor an IX, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. J. P., 1er. de l'an X, pag. 17. — *Sirey*, tom. II, 1re. part., pag. 50).

1891. Un négociant ou un banquier peuvent donner à leur commis un intérêt dans leur maison de banque ou de commerce, sans que le commis doive, pour cela, être réputé associé. L'intérêt accordé n'est alors que le prix d'un louage de travail, prix qui, au lieu d'être réglé à une somme fixe annuelle, l'est à une somme proportionnelle aux bénéfices nets. A défaut de représentation

de l'acte entre le négociant ou banquier et leur commis, la nature du travail apporté par le commis pourra servir à faire apprécier s'il n'est véritablement qu'un commis, ou s'il est un associé ayant apporté son industrie, qui, suivant la loi, peut être considérée comme une mise sociale. Quand il n'est qu'un commis intéressé, les créanciers porteurs de sa signature ne peuvent se prétendre créanciers commerciaux du négociant ou banquier, pour être payés sur les biens de son commerce, par préférence à ses créanciers personnels (arrêt de la Cour de Rouen du 6 avril 1811 déjà cité n°. 1858.)

DEUXIÈME SOUS-PARAGRAPHE.

De la société en commandite.

1892. *De sa nature et de ses principaux effets.*

1893. *Une société ne peut pas n'être composée que de commanditaires non responsables : il doit y avoir au moins un associé obligé indéfiniment envers les tiers.*

1894. *De ce que le chef de la société a été qualifié faussement de* commanditaire, *il ne s'ensuit pas que la société dite en commandite ne le soit pas réellement pour les autres associés.*

1895. *Le prétendu commanditaire qui a géré la société est associé responsable, quoique son nom ne soit pas dans la raison sociale.*

1896. *Le droit de gestion et de voix délibérative donné aux associés dits* commanditaires *les constitue associés responsables et solidaires.*

1897. *L'administration de la caisse et l'inspection des livres réservées aux commanditaires produisent le même effet.*

1898. *Autres clauses dont le concours entraîne la solidarité contre les commanditaires.*

1899. *Un commanditaire ne devient associé solidaire pour cause de gestion qu'autant que les faits apparens de gestion ne peuvent pas s'expliquer autrement.*

1900. *Ne sont pas réputés faits de gestion les transactions commerciales entre la maison en commandite et le commanditaire.*

1901. *Le défaut de publication de l'acte de société ne rend pas associé solidaire le commanditaire.*

1902. *Un prêt fait à une société de commerce, moyennant un intérêt déterminé et en outre une quote-part dans les bénéfices, est une société en commandite déguisée.*

1903. *Les jugemens rendus contre la société ne donnent point hypothèque sur les biens du commanditaire.*

1904. *Le commanditaire est-il tenu de rapporter aux créanciers non seulement sa mise, mais encore tous les intérêts et dividendes qu'il a reçus ?*

1892. Les art. 23, 24, 25, 26, 27 et 28 du Code de commerce (1) ont défini la société en commandite, et en ont posé les règles principales.

Il résulte de ces règles que l'associé commanditaire n'est qu'un simple bailleur de fonds, auquel l'associé ou les associés principaux, s'ils sont plusieurs, accordent une part dans les bénéfices de la société, à raison des fonds qu'il y a

---

(1) « La *société en commandite* se contracte entre un ou plusieurs associés responsables, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*. — Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires » (art. 23 du Code de comm.).

« Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à-la-fois société en nom collectif à leur égard, et société en com-

versés ou promis, à la charge par lui de supporter une part proportionnelle dans les pertes, sans toutefois qu'il puisseêtre tenu de celles-ci au-delà des fonds qu'il a mis ou dû mettre.

Par opposition aux commanditaires, on appelle *commandités* ou *complimentaires* de la société, l'associé principal ou les associés principaux s'ils sont plusieurs. La loi, comme on le voit dans la définition, appelle aussi ces derniers associés responsables et solidaires, parce qu'eux seuls sont tenus solidairement envers les tiers.

La société n'a le nom de *commandite* qu'à l'égard des commanditaires. Entre les commandités, s'ils sont plusieurs, elle conserve le nom de *société en nom collectif*, et en a tous les effets entre eux.

Le nom d'aucun des commanditaires ne peut entrer dans la raison sociale, même sous la dénomination de *et compagnie*. Si donc il n'y a qu'un commandité, il ne pourra, dans la raison sociale,

---

mandite à l'égard des simples bailleurs de fonds » (art. 24 du Code de comm.).

« Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale » (art. 25 du Code de comm.).

« L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société » (art. 26 du Code de comm.).

« L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration » (art. 27 du Code de comm.).

« En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagemens de la société » (art. 28 du Code de comm.).

ajouter à son nom les mots de *et compagnie*, parce qu'ils supposeraient d'autres associés solidaires, et tromperaient ainsi la confiance du public.

1893. Comme il faut qu'il y ait quelqu'un qui, selon le droit commun, réponde indéfiniment envers le public des engagemens de la société, tous les associés ne peuvent pas être commanditaires ou simples bailleurs de fonds : il doit nécessairement y en avoir au moins un qui soit associé principal. Dans le cas d'une société ainsi contractée entre des associés tous commanditaires, ceux-là seraient réputés les associés principaux qui auraient mis leurs noms dans la raison sociale ou qui se serait réservé la gestion des affaires, ou qui seulement y auraient pris part. Ainsi un acte de société en commandite portait : « Les dénommés ont versé ou verseront les fonds qui les compètent, à titre de commanditaires, et déclarent, envers et contre tous, ne vouloir être recherchés en aucun cas pour autres et plus fortes sommes que celles qui forment le contingent de chacun d'eux pour le fonds capital ». La raison de commerce avait été établie sous le nom de *J. G. D*** et compagnie*. Dans un second acte de société fait avec de nouveaux actionnaires, il avait été dérogé au premier. J. G. D***. y paraissait lui-même comme simple associé en commandite; mais on avait stipulé que l'établissement continuerait sous la même raison sociale. Parce qu'il fallait nécessairement

trouver dans cette société un ou plusieurs associés responsables, J. G. D***., comme dénommé dans la raison sociale, comme chef visible de l'établissement, comme ayant seul la signature de la raison de commerce, fut déclaré le commandité, le complimentaire de la société (Paris, 8 prairial an X. *Sirey*, tom. II, 2e. part., pag. 192).

1894. Mais de ce que le chef de la société n'est qualifié dans l'acte que de commanditaire, comme tous les autres associés; de ce que sa qualification était erronée, il n'en faut pas conclure que celle de tous les autres associés l'était aussi, et que la société en commandite n'en avait que le nom. A cet égard, on doit distinguer ceux qui ont véritablement pris part à l'administration des affaires de la société d'avec ceux qui n'y ont pris aucune part, qui n'ont jamais été, soit dans l'acte, soit par aucun autre fait, présentés au public comme gérans ou comme responsables. Ces derniers doivent être déclarés, tels qu'ils ont été qualifiés, *purs commanditaires* (même arrêt).

1895. Mais le prétendu commanditaire qui a véritablement géré et administré la société, quoique son nom ne soit pas dans la raison de commerce de l'établissement, doit être déclaré associé responsable. Ainsi jugé contre le sieur L., directeur de la banque territoriale, dont tous les membres avaient été qualifiés, dans l'acte, de simples actionnaires commanditaires (*Cass.*, sect. des req., 27 floréal an XIII, rej. le pourv.

contre un arrêt de la Cour de Paris *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 676).

1896. Et, lors même qu'un des associés aurait été seul qualifié d'*associé principal et gérant* et les autres d'*associés commanditaires*, si l'acte porte que ceux-ci administreront, exploiteront l'entreprise, et auront voix délibérative dans les assemblées, une telle clause, étant incompatible avec une société stipulée simplement en commandite, la fait dégénérer en société simple, dont tous les membres deviennent, par le fait, associés principaux (*Cass.*, sect. civ., 16 germinal an XI, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 29 floréal an IX. *Sirey*, tom. III, 1re. part., pag. 274).

1897. Il y a lieu de décider de la même manière lorsque les prétendus commanditaires se sont chargés par l'acte de société de l'administration de la caisse, et de l'inspection des livres et opérations de commerce : car l'administration de la caisse est l'administration d'un genre principal des affaires de la société (Paris, 16 mai 1808. J. P., 2e. de 1808, pag. 75. — *Sirey*, tom. VIII, 2e. part, pag. 223).

1898. Pareillement, si dans l'acte de société fait entre deux négocians, il est dit que les affaires seront régies par l'un des associés seulement, sous la raison *un tel et compagnie*, que l'autre associé pourra, quand il le jugera à propos, et d'après une nouvelle convention, joindre sa signature à celle du premier; que ce

même associé pourra céder son intérêt à un tiers, et que son cessionnaire prendra part à l'administration de la société ; que chacun des associés supportera les pertes proportionnellement à sa mise ; enfin que la société sera dissoute par la mort de l'associé gérant et qu'elle continuera avec les héritiers de l'associé non gérant, alors la société devra être réputée une société en nom collectif, et non une société en commandite ; et les créanciers auront l'action de solidarité contre l'associé non gérant, quoiqu'ils ne l'aient pas connu. Le concours de toutes ces clauses, notamment la raison sociale, qui suppose plus d'un associé principal, et la contribution proportionnelle aux pertes, sans restriction à la mise du prétendu commanditaire, sont de la nature d'une société simple, et non d'une société en commandite (*Cass.*, sec. civ., 28 mai 1806, cassant un arrêt de la Cour de Bruxelles du 11 fructidor an XII. *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 314).

1899. Non seulement le commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, mais il ne peut même être employé pour les affaires de la société en vertu de procuration (art. 27 du Cod. de comm.), sous peine d'être obligé solidairement avec les associés principaux pour tous les engagemens de la société (art. 28 du même Code). Comme cette seconde disposition est pénale, elle ne doit être appliquée qu'autant que les faits prétendus de gestion ou de mandat reçu et exé-

cuté ne peuvent pas s'expliquer d'une autre manière. Ainsi une simple quittance donnée par le commanditaire au gérant pour constater le paiement du prix de marchandises livrées par le premier à la société, pouvant s'expliquer comme constatant d'abord un achat fait par le commanditaire pour son compte personnel, puis une revente librement faite par le commanditaire à la société, des choses achetées, ne suffira pas pour faire déclarer associé principal le commanditaire auteur de l'achat. Car elle ne suppose pas nécessairement un mandat reçu et exécuté, ni un achat primitivement fait pour le compte de la société. Et on devra le décider ainsi lors même que le commanditaire aurait donné par lettres au gérant des renseignemens sur le prix de certaines marchandises, si ces marchandises ne sont pas de la même nature que celles achetées et revendues (Douai, 8 janvier 1814. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 77).

1900. Au reste « les art. 27 et 28 du Code de commerce ne sont applicables qu'aux actes que les associés commanditaires feraient en représentant, comme gérans, la maison commanditée; et ils ne s'appliquent pas aux transactions commerciales que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement le commanditaire avec la maison commanditée, comme avec toute autre maison de commerce » (Avis du Conseil d'Etat du 29 avril 1809, approuvé le 17 mai 1809. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 381).

1901. Les peines ne pouvant pas être étendues d'un cas à un autre, il est clair que l'art. 28, qui déclare associé responsable l'associé commanditaire quand il contrevient à l'art. 27, ne peut pas s'appliquer au défaut d'accomplissement des formalités prescrites par les art. 42 et 43 du Code de commerce. Ainsi on ne pourra pas déclarer associé responsable un commanditaire par cela seul que sa mise n'aura pas été exprimée dans l'extrait affiché au tribunal de commerce (Arrêt de la Cour de Douai du 8 janvier 1814, déjà cité au n°. 1899).

1902. La société exige, autant que possible, une égalité parfaite, c'est-à-dire une répartition proportionnée, non pas aux mises pécuniaires de chacun des associés, mais aux avantages quelconques qu'ils peuvent procurer à la société. Cette égalité est de l'essence du contrat de société, qui, suivant l'expression des jurisconsultes romains, doit être regardée comme un contrat de fraternité.

Ainsi la Cour de Paris (10 août 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 547) a jugé avec raison associé commanditaire un individu qui, sous le titre de *prêt*, avait fourni des fonds à une maison de commerce, avec stipulation d'un intérêt déterminé, d'une quote-part dans les bénéfices présumés, du droit de prendre communication des registres, de l'obligation à l'emprunteur de n'entreprendre aucune opération pour son compte personnel et de faire tous les ans, en présence du prêteur, inventaire et fixation des frais de la maison de

commerce : « Attendu que ces actes présentent à-la-fois les caractères et les apparences d'un prêt et ceux d'une société en commandite ; mais que, ces deux titres étant inconciliables, il faut nécessairement opter et voir quel est le contrat que les parties ont voulu faire, et quel est celui qu'elles ont voulu supposer et qui sert d'enveloppe à l'autre (1); que, dans le doute, il est clair qu'on doit présumer d'abord un contrat de société, plutôt qu'un contrat de prêt, parce que le débiteur, en faveur duquel la loi incline toujours (2), et la masse des créanciers, qui ont le même intérêt que lui, trouvent une entière décharge dans le contrat de société, au lieu que le contrat de prêt laisserait subsister la dette toute entière ; qu'il est également sensible que, si l'on a cru avoir besoin d'user de fiction, ce n'a pu être que pour masquer le contrat de société, qui est assujetti par la loi à des règles précises, dont on pouvait avoir intérêt de s'affranchir, et non pour déguiser le prêt, dont les stipulations sont laissées à la libre volonté des contractans ;.... que le bailleur de fonds a voulu faire une commandite, et seulement une commandite, mais.... réunir les avantages certains de prêteur aux avantages éventuels de commanditaire,

---

(1) Ubi verba repugnarent naturæ ipsius contractûs, seu essent contrà ejus substantiam, dico quod actum, et non quod dictum, ad cognoscendum quæ societatis species contracta fuerit, inspiciendum esse (Félicius cap. 10).

(2) Causa liberationis semper favorabilior.

et faire usage, selon l'événement, de l'une ou de l'autre de ces qualités; que c'est là ce que les lois ne peuvent souffrir; qu'elles ne permettent pas au commanditaire de s'associer aux bénéfices sans partager les périls (1); que, si on permettait d'éluder ces principes, qui sont la sauve-garde du commerce, on ne verrait plus que des capitalistes qui, à la faveur de prétendus prêts, viendraient s'approprier la plus grande partie des bénéfices des entreprises commerciales, et que les commandites, destinées à être l'appui et l'un des alimens du commerce, en seraient la ruine » (2).

1903. L'associé commanditaire n'étant tenu des dettes de la société que jusqu'à concurrence de sa mise de fonds, et non pas personnellement pour une part et portion, ni solidairement pour le tout, les jugemens obtenus contre la société ne confèrent point hypothèque sur les immeubles personnels du commanditaire. Ils ne donnent de droits réels que sur sa mise (Paris, 5 prairial an XI. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 79). Nous pensons cependant que si, à défaut de représentation de sa mise ou de ce qui n'en aurait pas été consommé par les pertes de la société, le créancier obtenait un jugement per-

---

(1) Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem *leoninam* solitum appellare. L. 29, §. II, *Pro socio*.

(2) Voyez sur ces principes des sociétés, Savary, Bornier, Jousse et Pothier.

sonnel contre le commanditaire, ce jugement conférerait hypothèque sur les immeubles personnels de ce dernier. Cette hypothèque serait alors l'accessoire de la condamnation, en représentation de la mise, comme dans le premier cas elle est l'accessoire de la condamnation contre la société seulement.

1904. La Cour de Paris (11 février 1811. J. P., 2e de 1811, pag. 358.—*Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 25) a jugé, relativement à une société contractée sous l'empire de l'ordonnance de 1673, que l'associé commanditaire était tenu, en cas de faillite de la société, non-seulement de souffrir la perte de sa mise entière, mais encore de rapporter tous les intérêts et les dividendes de bénéfices qui lui avaient été payés à raison de sa mise, durant le cours de la société. La Cour de Rouen (14 décembre 1807), dans la même cause, avait prononcé dans le même sens : mais la Cour de cassation (sect. civ., 14 février 1810. *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 105. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 72) avait cassé l'arrêt de Rouen : « Considérant que les mots *leur part*, dont se sert l'ordonnance, signifient *leur mise*, ainsi que le dit plus clairement le nouveau Code de commerce, art. 26 ; — Considérant.... qu'il serait effrayant et contraire au bien du commerce de faire courir à des commanditaires le risque de rapporter plusieurs années d'intérêts dont le prélèvement aurait été stipulé, fait légitimement, et consommé de bonne foi ; — Que

ce serait obliger le commanditaire au-delà de sa mise, qu'il aurait toujours laissée entière dans la société, et qu'il ne se serait obligé à fournir qu'avec la condition d'en retirer l'intérêt ; — (Et quant aux bénéfices partagés) Considérant .. que, dans l'espèce, il avait été stipulé, par le pacte social..., que chaque intéressé aurait le droit de prélever, à chaque inventaire, sa part des bénéfices acquis ; — Que C*** a retiré les bénéfices dont il s'agit le 19 frimaire an XII, tems auquel la société jouissait de tout son crédit ; — Considérant de plus que, lors de la discussion au Conseil d'État de l'art. 26 du nouveau Code de commerce, qui répète la disposition de l'art. 8 du tit. IV de l'ordonnance de 1673, il fut proposé d'ajouter que le commanditaire fût tenu de contribuer aux pertes, dans la proportion des bénéfices qu'il aurait précédemment faits ; que cette proposition fut combattue comme une innovation dangereuse, et qu'elle fut retirée ; qu'en conséquence, lors de la présentation des premiers titres de ce Code au Corps législatif, l'orateur du gouvernement dit que les commanditaires ne sont jamais passibles que de la perte des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société ; — Qu'il résulte de cet esprit bien connu du législateur, qu'un commanditaire qui a reçu de bonne foi des bénéfices acquis, et qui peut les avoir consommés, ne doit pas être soumis à en faire le rapport ; — Que la seule ressource des créanciers, qui prétendraient ce rapport, serait de prouver qu'il

n'existait point de bénéfices à l'époque où on en aurait supposé pour faire le partage ; — Que, dans l'espèce, cette preuve n'a point été faite.. ». La Cour de Paris, à laquelle cette cause fut renvoyée, n'en jugea pas moins, malgré la force de ces motifs, par son arrêt ci-dessus cité, en sens contraire de la Cour de cassation. Ses motifs, qu'il serait trop long d'exposer, peuvent se réduire à ceci : que le mot de *part*, de l'ordonnance de 1673, embrasse fonds et profits, mise et bénéfices ; — Que, dans une société contractée pour une série d'opérations et pour plusieurs années, les opérations malheureuses se compensent avec les opérations heureuses, et que le bénéfice ou la perte ne peuvent s'apprécier qu'à la fin de la société, après avoir balancé les résultats particuliers de chaque année ; — Que les bénéfices annoncés par des inventaires partiels ne sont que des bénéfices présumés, reposant sur la supposition de la solidité des valeurs qui constituent l'actif ; — Que, à l'égard des intérêts de la mise, ils doivent suivre le sort des bénéfices, puisqu'ils ne peuvent se prendre que sur les bénéfices ; — Que ces principes ne sauraient être méconnus sous l'empire du Code de commerce, bien qu'il se soit servi du mot de *mise* au lieu de *part*, parce que ce Code veut, comme l'ordonnance de 1673, que la mise toute entière soit le gage des créanciers, et que cette volonté serait enfreinte si l'on adoptait le système des prélèvemens, sans rapports pour le cas de déficit.

Ces motifs, dont nous avons rapporté fidèlement l'esprit, ne nous paraissent pas détruire ceux de la Cour de cassation. En admettant que le mot de *part* de l'ordonnance de 1673 dût s'entendre de la mise et des bénéfices, nous ne croyons pas, d'après la discussion du Conseil d'État, sur l'art. 26 du Code de commerce, que le mot de *mise* de ce Code doive être pris dans le même sens. Sans doute l'esprit de la loi est que la mise entière du commanditaire soit le gage des créanciers de la société; mais cet esprit est satisfait toutes les fois que, aux époques convenues pour les répartitions ou paiemens d'intérêts, on n'estime comme bénéfice et on ne repartit comme tel que ce qui reste en plus, après avoir laissé dans le fonds social, toutes dettes et charges couvertes, les mises mêmes, en nature si elles consistent en corps certains non dénaturés, comme des immeubles, ou l'équivalent réel soit en argent, soit en marchandises, ou autres valeurs certaines, si les mises ont été fournies de cette manière, ou pour être converties en effets de ce genre. Quand l'année suivante donne des pertes, au lieu de bénéfices, les créanciers de la société n'ont pas plus de droits que la société même contre le commanditaire; car ils n'exercent contre lui que les droits de la société elle-même. Or, celle-ci ne peut pas exiger qu'il rapporte les bénéfices ainsi partagés, et les intérêts ainsi reçus, pour compléter sa mise, ce qui serait un nouvel appel de fonds; pareillement les créanciers ne peuvent exiger ce rap-

port du commanditaire. Les répartitions de bénéfices et les paiemens d'intérêts faits sans fraude aux époques convenues et sans anticipation, sont des fruits échus, acquis et consommés, et, comme tels, sont irrévocablement séparés du fonds social, et hors de la main-mise des créanciers. Il faut dire, à cet égard, la même chose que des fruits perçus d'un immeuble hypothéqué et non encore saisi : car les droits du créancier sur les fruits de son gage, se régissent, en toute espèce de gage, par les mêmes principes. Nous nous rangeons donc entièrement, en droit, à l'opinion de la Cour de cassation; et cependant nous dirons que, en fait, la Cour de Paris a bien jugé dans l'espèce, parce que, aux époques où les répartitions avaient été faites, il n'y avait pas réellement bénéfice, la mise du commanditaire n'étant alors couverte que par des valeurs incertaines.

TROISIÈME SOUS-PARAGRAPHE.

De la société anonyme.

1905. *De sa nature ; de ses règles ; et de ses effets principaux.*

1906. *Ce que les anciens jurisconsultes appellent de ce nom n'était que l'association commerciale en participation.*

1907. *Origine de nos nouvelles sociétés anonymes.*

1908. *De la nature des anciennes sociétés d'exploitation de mines et de houillères.*

1909. *Le pouvoir d'administrer donné à l'un des membres d'une telle société, autrement que par le pacte social, est essentiellement révocable.*

1910. *Le défaut de publicité des actes de société en nom collectif ou en commandite peut être opposé, non seulement par*

les tiers à tous les associés, mais aussi par les commanditaires aux associés principaux.

1911. *La retraite et le changement d'associé, faits sous l'empire du Code de commerce, doivent être publiés, quoique la société ait été contractée avant la promulgation de ce Code.*

1912 *Mais, après l'expiration du terme de la société, l'associé retraité cesse de plein droit de pouvoir être considéré comme associé, nonobstant le défaut de publicité de sa retraite.*

1905. La société *anonyme* est ainsi appelée parce qu'elle n'est désignée sous le nom d'aucun des associés, ni d'aucune autre personne. Elle est seulement qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise, comme le sont la banque de France, et en général les assurances contre les incendies. Les associés ne sont tous que des propriétaires d'actions ou coupons d'actions dans l'entreprise, actions qui représentent l'intérêt qu'ils ont dans les affaires. Comme les commanditaires d'une société en commandite, ils ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société. Il n'y a parmi eux aucun associé responsable et solidaire qui soit tenu indéfiniment des engagemens de la société. Le seul être responsable envers les tiers ou le public est l'être moral de la société ou de l'établissement. Aussi la société n'est-elle administrée que par des mandataires à tems révocables, responsables seulement de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu, et ne contractant, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle, ni solidaire, re-

lativement aux engagemens de la société. Ces administrateurs peuvent être pris indifféremment parmi les associés ou parmi des non-associés; et ils peuvent être salariés ou gratuits.

Comme il est contre le droit commun que des engagemens soient souscrits au nom même d'une société ou d'un établissement, sans qu'aucun membre de la société ou propriétaire de l'établissement soit tenu personnellement et indéfiniment de ces engagemens; et comme, d'un autre côté, certains établissemens d'une grande utilité publique ne se seraient pas formés sans cette condition, à cause des chances et des risques qui peuvent y être attachés, on a imaginé, comme terme moyen et comme supplément de garantie envers le public, de ne permettre l'existence de semblables sociétés, qu'autant qu'elles seraient spécialement autorisées du roi, et que l'acte de société aurait obtenu son approbation (*Voy.* sur tout ce qui précède les art. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 et 37 du Code de commerce, et le réglement du ministre de l'intérieur du 31 décembre 1807, concernant les formes à suivre pour obtenir l'autorisation et l'approbation du gouvernement).

1906. Les sociétés anonymes de l'espèce dont nous venons de parler n'étaient connues ni dans le droit romain, ni dans l'ancien droit français. Pothier et les autres jurisconsultes n'en parlent point. Ils parlent bien d'une espèce de société anonyme; mais c'est seulement de celle que le

Code de commerce désigne sous le nom d'association commerciale en participation. Elle était appelée *anonyme*, parce que celui qui consentait à prendre part dans une affaire particulière, entreprise par un négociant, n'était pas nommé dans l'affaire, et demeurait inconnu au public.

1907. Nos nouvelles sociétés anonymes ont cependant une origine antérieure au Code de commerce. La Caisse d'escompte, établie avant la révolution de 1789, en a principalement fourni le modèle. Cette caisse ayant été supprimée, quelques années après, on établit la banque de France sur les mêmes principes; et, lorsqu'on rédigea ensuite le Code de commerce, on y introduisit cette forme de société que l'usage avait consacrée. Les règles que ce Code a posées sur cette matière ne sont que celles que l'usage avait déjà établies dans les deux exemples ci-dessus cités. C'est ainsi que les lois ne font souvent que consacrer des faits sociaux déjà préexistans.

1908. Les sociétés d'exploitation de mines et de houillères qui se contractaient autrefois entre l'inventeur, propriétaire ou concessionnaire, et des actionnaires ou intéressés, bailleurs de fonds, participaient à la fois de la société en commandite et de la société anonyme : de la première, en ce que le chef de l'exploitation, propriétaire ou cessionnaire, était tenu, indéfiniment, envers le public, des engagemens de la société, et n'était pas considéré comme un simple administrateur; et de la société ano-

nyme, en ce que l'entreprise ne pouvait s'exécuter qu'avec l'autorisation ou sous la surveillance de l'autorité, et qu'elle prenait souvent dans le public, au lieu d'un nom social, la qualification de l'objet de l'entreprise : mais elles n'étaient, dans le fait, que des sociétés en commandite. De ce qu'une telle société n'aurait pas été contractée par acte public, conformément à l'art. 40 du Code de commerce, et n'aurait pas été formée avec l'autorisation du gouvernement, il n'en faudrait pas conclure qu'elle n'est qu'une société civile, et non une société commerciale, sous le prétexte, quant à son objet, qu'elle ne tend qu'à l'exploitation des produits d'un immeuble, et, quant à sa forme, qu'elle ne pourrait devenir société de commerce qu'en prenant la forme d'une société anonyme. Car on peut aussi former des sociétés en commandite par voie d'actions; et d'ailleurs l'omission des formes requises pour l'intérêt des tiers ne change pas la nature de la société. Nous ne voyons donc, dans une telle société, qu'une société en commandite par actions, et le concessionnaire nous y semble associé responsable et solidaire, si le gouvernement n'a pas expressément dérogé en sa faveur au droit commun. Cependant la Cour de Bruxelles (3 mars 1810. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1206) y a vu une société anonyme: mais, sous ce point de vue même, elle a jugé, avec raison, que l'absence alléguée des formes prescrites pour les sociétés anonymes ne lui ôtait pas le caractère de société de commerce;

et qu'ainsi elle était justiciable, pour ses achats, du tribunal de commerce.

1909. De quelque nature que fussent, dans l'ancien droit, les sociétés d'exploitation de houillères ou mines de charbon, le pouvoir d'administrer donné à l'un des associés autrement que par l'acte de société doit y être considéré comme essentiellement révocable : car, ne faisant point une condition du pacte social, il n'est qu'un mandat ordinaire, révocable à la volonté du mandant. C'est ce qu'enseigne Pothier, *Contrat de société*, n°. 71, et ce qu'a confirmé l'article 1856 du Code civil (Bruxelles, 9 mai 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 16).

1910. Les formalités prescrites par l'art. 42 du Code de commerce, pour la publicité des actes de société, en nom collectif ou en commandite, doivent être observées, suivant cet article, « à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé à des tiers par les associés ». Il suit bien de cette disposition que les tiers peuvent opposer aux intéressés le défaut de ces formalités. Mais s'ensuit-il également que les intéressés peuvent se l'opposer entr'eux? La loi n'ayant fait de distinction qu'en faveur des tiers, la nullité *à l'égard des intéressés* doit s'entendre dans toute la latitude de sens que ces mots présentent contre les intéressés. Ainsi elle peut être demandée, non-seulement par les tiers contre les intéressés, mais encore par les intéressés les uns contre les autres, et surtout par les commanditaires, qui

ont intérêt à ce que le public n'accorde aux gérans qu'une confiance fondée sur la connaissance des faits. Mais, quoique le contrat de société soit nul, les associés se doivent mutuellement compte des opérations qui ont été faites en commun jusqu'au jour où la nullité de la société est demandée, parce que, s'il n'y a pas eu société, en droit, il y a eu communauté de fait, dont les comptes doivent être réglés (*Cass.*, sect. des req., 2 juillet 1817. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 504.—*Denevers,* tom. XVI, 1re. part., pag. 505).

1911. Les lois régissant les actes qui sont faits sous leur empire, et la retraite d'un associé, avec cession de ses droits à une autre personne, acceptée comme nouvel associé, avant l'expiration du terme fixé pour la durée de la société, étant des actes distincts du contrat de société, il est clair que, si cette retraite et ce changement d'associé ont été faits depuis la promulgation du Code de commerce, ils ont dû être publiés conformément l'art. 46 de ce Code, bien que le contrat de société, fait sous l'ancien droit, ne soit pas régi par le Code de commerce. Le défaut de cette publicité pourra donc être opposé par les tiers, et ils seront en droit de ne pas reconnaître le cessionnaire comme nouvel associé, et de considérer au contraire le cédant comme demeuré toujours associé après sa retraite, jusqu'à l'expiration du terme de la société (Colmar, 2 août 1817. J. P., 3e. de 1818, pag. 537. — *Sirey,* tom.

XIX, 2e. part., pag. 163. — *Denevers,* tom. XVI, 2e. part., pag. 18).

1912. Mais, après l'expiration du terme de la société, l'associé retraité cesse, de plein droit, de pouvoir être considéré par les tiers comme associé, nonobstant le défaut de publicité de sa retraite. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 46 du Code de commerce, qui ne requiert la publicité qu'à l'égard des retraites d'associés, opérées avant le terme fixé pour la durée de la société. Il n'importe que les autres associés, continuant la société, laissent son nom dans leur raison sociale : car on ne peut pas lui imputer l'abus qu'on fait de son nom en son absence, sans sa participation et son adhésion (même arrêt).

QUATRIÈME SOUS-PARAGRAPHE.

Des associations commerciales en participation.

1913. *De leur nature; de leurs règles ; et de leurs effets principaux.*

1914. *Le participant ou associé inconnu qui ne gère point n'est pas obligé envers les tiers, si ce n'est en vertu de l'action de* in rem verso, *ou en vertu de l'action que les tiers ont contre lui comme exerçant les droits d'un autre associé leur débiteur.*

1915. *Mais le seul fait de gestion emporte solidarité contre lui et contrainte par corps.*

1916. *Les aveux des parties sont des preuves suffisantes de l'existence de l'association en participation.*

1917. *La preuve testimoniale est admise pour prouver non seulement l'existence d'une telle société, mais encore les actes faits pour le compte de la société.*

1918. *Une lettre missive par laquelle un négociant confie à une personne le soin de gérer sa maison, moyennant un traitement fixe ou une part déterminée dans les bénéfices, au choix de celle-ci, n'est pas une association en participation, mais un mandat révocable.*

1913. Les associations commerciales en participation se contractent ordinairement entre un négociant et une personne non commerçante, ou étrangère au négoce de l'autre. Elles ont pour objet une ou plusieurs opérations de commerce, que le négociant promet de faire en son nom seul, mais aux bénéfices de laquelle il s'oblige de faire participer son co-associé, dans une proportion convenue, à raison de la mise que celui-ci lui fournit ou s'oblige de lui fournir. Du reste, ces associations ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts, et aux conditions convenues entre les participans (art. 48 du C. de comm.). Ainsi on peut y convenir, comme dans la société ordinaire, que le participant sera tenu indéfiniment des pertes et dettes dans la proportion de son intérêt, ou, comme dans la société en commandite, qu'il n'en sera pas tenu au-delà de sa mise.

1914. Quand le participant n'a pris aucune part de gestion aux opérations de la société, et que ces opérations n'ont été faites et les engagemens pris qu'au nom de celui qui se l'est associé, le participant demeure, à l'égard des tiers, étranger à ces opérations et engagemens; les tiers n'ont, par conséquent, aucune action contre lui, qui leur est inconnu, ou doit être

réputé tel. Le négociant qui a opéré a seul recours contre lui, à raison du pacte fait entre eux, pour lui faire supporter sa part convenue des dettes et charges. « Dans les sociétés anonymes, dit Pothier, qui appelle ainsi les associations en participation (1), n'y ayant que l'associé connu qui fasse seul, et en son nom, les contrats de la société, c'est une conséquence qu'il n'y a que lui seul qui s'oblige, et que les associés inconnus ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers, avec qui l'associé connu a contracté ». Savary (part. 2, liv. Ier., chap. Ier.), dit, au sujet de ces associations: « Tout ce qui se fait en la négociation, tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés, chacun en droit soi; de sorte que celui des associés qui achète est celui qui s'oblige et qui paie au vendeur; celui qui vend reçoit de l'acheteur : ils ne s'obligent point tous deux envers une tierce personne; il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé ». Jousse, dans son préambule sur le tit. IV de l'ordonnance de 1673, dit pareillement du *compte en participation* : « Il n'y a que celui qui fait l'achat des marchandises qui soit obligé envers le vendeur originaire, et le correspondant ne l'est point; en sorte que si cet acheteur venait à tomber en faillite, le vendeur originaire n'aurait aucun recours contre le correspondant, qui n'a point contracté avec lui ».

---

(1) *Contrat de société*, n°. 102

Bornier, sur l'art. 8 du même titre, s'exprime dans le même sens. Mais toutes ces règles, quoique vraies en elles-mêmes, n'empêchent pas, quand le cas y échet, l'application de deux autres règles qui les dominent : la première, c'est que nul ne peut s'enrichir aux dépends d'autrui ; la seconde, c'est que les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur. En vertu de la première, si l'associé inconnu a tiré quelque profit de l'opération faite, il en sera tenu vis-à-vis du tiers contractant, jusqu'à concurrence du profit tiré, non pas *de contractu*, mais *de in rem verso*. Ainsi la loi 82, ff., *pro Socio*, déclare que l'associé est obligé, pour le prêt fait à son associé, si l'argent prêté a été versé dans la caisse commune (1). En vertu de la seconde règle, les créanciers de l'associé connu pourront, en exerçant les droits de leur débiteur en cas de faillite, demander compte à l'inconnu de tout ce qu'il doit à la société où à son co-associé (*Cass.*, sect. des req., 28 germinal an XII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Limoges du 6 prairial an XI. *Sirey*, tom. V, 1.re part., pag. 65).

1915. Si l'associé participant a pris part à la gestion, si les tiers ont traité avec la société principalement sur la foi du crédit de cet associé, il devra être considéré comme associé principal, et sera tenu solidairement et par corps, envers les tiers, du prix des fournitures que

---

(1) Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.

ceux-ci auront faites à la société. Car, en matière de société commerciale, autre que la société anonyme par actions, de quelque nature que soit la société, quelque dénomination qu'elle ait reçue ou qui lui appartienne, le seul fait de gestion emporte solidarité de la part de l'associé gérant, et contrainte par corps contre lui (*Cass.*, sect. des req., 26 mars 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. J. P., 2e. de 1818, pag. 22. — *Sirey,* tom. XVIII, 1re. part., pag. 53.—*Denevers,* tom. XV, 1re. part., pag. 384).

1916. Par cela seul que ces sortes d'associations sont secrètes de leur nature, elles ne sont pas, comme les autres, assujetties pour la preuve, et pour leur validité, à la formalité de l'écriture, et tous ceux qui sont intéressés à en prouver l'existence peuvent être admis à faire cette preuve, soit par la représentation des livres, ou de la correspondance, soit par témoins, si le tribunal juge la preuve testimoniale admissible (*Voyez* l'art. 49 du Code de comm.). On le décidait ainsi même sous l'empire de l'ordonnance de 1673, parce que cette ordonnance n'exigeait d'actes de société écrite que pour les sociétés générales et en commandite. Les aveux des parties sont aussi une preuve suffisante de l'existence de la société; et la dénégation tardive de ces aveux ne peut en détruire l'effet (Colmar, 21 mai 1813. J. P., 1er. de 1815, pag. 350. — *Sirey,* tom. XV, 2e. part., pag. 154).

1917. La preuve testimoniale est admise, non-seulement pour établir l'existence de la société

en participation, mais encore pour prouver que tels ou tels contrats, faits par un associé, l'ont été pour le compte de la société, et non pour son compte personnel : car le défaut même de société écrite et de raison sociale laisse à prouver, non-seulement qu'il y a eu société, mais encore quelles opérations, quoique faites sous un seul nom, ont été l'objet de cette société (Paris, 15 mai 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 142. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 146).

1918. Une lettre missive, par laquelle un négociant confie à un tiers le soin de gérer et diriger sa maison de commerce pendant un tems déterminé, moyennant un traitement fixe ou une part déterminée dans les bénéfices, au choix de ce dernier, ne constitue pas ce tiers associé en participation. Ce n'est qu'un mandat intéressé, participant de la nature du louage de travail, révocable ou résiliable, à la volonté de chacune des parties, nonobstant le défaut d'expiration du terme convenu, sauf les dommages et intérêts dûs pour l'inexécution du contrat, quand elle provient du fait de l'une des parties : car c'est toujours en dommages et intérêts que se résolvent les obligations de faire ou de ne pas faire, et par conséquent l'obligation d'exécuter le travail promis ou celle de ne pas l'empêcher (Rouen, 28 février 1818. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 132).

CHAPITRE III.

Des engagemens des associés entr'eux, et à l'égard des tiers.

SECTION PREMIÈRE.

Des engagemens des associés entr'eux.

Relativement à la durée de la société. — Relativement aux dettes des associés envers la société. — Relativement à l'administration de la société. — Relativement aux contestations pour raison de la société.

1919. *Division de ces engagemens.*

1919. Les engagemens des associés entr'eux concernent

Ou la durée de la société (*Voyez* les art. 1843 et 1844 du C. C.) :

Ou les dettes des associés envers la société, soit à titre d'apports promis ; soit à raison des sommes qu'ils ont tirées de la caisse sociale pour leur profit particulier, ou qu'ils ont reçues des tiers, et se sont appliquées, au lieu de les appliquer à la société ; soit pour les dommages qu'ils lui ont causés, soit enfin à raison de toutes autres obligations résultantes de la convention ou de la nature du contrat de société (*Voyez* les art. 1845, 1846, 1847, 1848, 1849 et 1850 du C. C.) :

Réciproquement, les créances des associés contre la société (art. 1851 et 1852 du C. C.) :

Leur droit de participation aux bénéfices, comme leur obligation de contribuer aux charges et pertes (art. 1853, 1854 et 1855 du C. C.).

Leurs droits et obligations quant à l'adminis-

tration de la société, quant à l'usage ou à la jouissance des choses communes, quant aux dépenses à y faire pour leur conservation, et quant à la faculté, pour chacun d'eux, d'associer un tiers à sa part, sans l'associer à la société, donnent naissance à certains engagemens entre les associés (art. 1856, 1857, 1858, 1859, 1860 et 1861 du C. C.).

Outre ces engagemens, communs aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales, et dont quelques-uns des effets seulement varient, notamment quant à l'administration de la société, selon qu'elle est de l'une ou de l'autre espèce, l'obligation existe particulièrement entre les associés en matière de commerce de faire juger par des arbitres leurs contestations pour raison de la société (*Voyez* la sect. II du tit. III, liv. Ier. du C. de Comm.).

Les arrêts auxquels ont donné naissance ces divers engagemens vont former la matière de plusieurs paragraphes.

§. Ier.

Des engagemens des associés entr'eux, relativement à la durée de la société.

1920. *La société contractée pour une certaine affaire continue-t-elle, même après le tems convenu, jusqu'à la consommation de l'affaire?*

1921. *Si elle a pour objet des travaux publics, elle continue nonobstant le changement du plan, lorsque les associés ont continué d'exécuter les travaux.*

1920. L'art. 1844 du Code civil porte : « S'il n'y a pas de convention sur la durée de la sociétés,

elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire ». Dans la seconde partie de cette disposition, on suppose que la durée de la société n'a pas été limitée à un certain tems : car, en général, la société finit par l'expiration du tems pour lequel elle a été contractée (art. 1865 du C. C.). Mais, comme elle ne finit ainsi que parce que telle a été la volonté des parties, il appartient aux juges d'examiner si, la société ayant été contractée pour une certaine affaire, les parties ont en effet voulu que la société cessât par la seule expiration du tems convenu, soit qu'alors l'affaire fût ou non consommée. Et, comme les parties sont toujours présumées n'avoir voulu que ce qui est équitable et conforme à leur intérêt commun, si la retraite de l'un des associés au tems convenu, mais avant que l'affaire soit consommée, paraît contraire à l'équité; si cette retraite est dans l'intérêt d'un seul et nuisible aux autres, toutes les parties seront réputées n'avoir entendu que la société finît au terme fixé qu'autant qu'alors l'affaire serait consommée, à moins que le retard ne provînt de la faute de celui contre lequel la dissolution de la société serait demandée : car, c'est seulement en ce cas que l'équité veut que la société finisse nonobstant le défaut de consommation de l'affaire (Bruxelles, 13 janvier 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 215).

1921. Une société contractée pour exécuter des

travaux publics suivant un plan donné n'est pas dissoute par cela seul que le gouvernement change de plan, et passe en conséquence un nouveau marché. Si les travaux sont toujours les mêmes, l'objet de la société restant le même, les associés doivent être réputés vouloir la continuer, lorsque, au lieu de protester contre les conditions du nouveau marché, ils y adhèrent tacitement en continuant d'exécuter les travaux. (Même arrêt).

§. II.

Des engagemens des associés entr'eux, relativement à leurs dettes envers la société.

1922. *L'associé gérant ou caissier qui a tiré, pour son profit, des deniers de la caisse sociale, ou qui n'a pas porté sur le livre de caisse tout ce qu'il a reçu, doit, non-seulement les sommes tirées ou reçues, mais encore leur intérêt.*

1922. Le gérant ou caissier est un véritable mandataire de la société. Si donc il a tiré de la caisse sociale des deniers pour son profit particulier, ou s'il a omis de porter sur le livre de caisse le prix des marchandises qu'il a vendues, non-seulement il est débiteur de ces sommes envers la société, conformément à l'art. 1846 du Code civil, mais encore, suivant le même article, et suivant l'art. 1996 du même Code, titre *du Mandat*, il doit l'intérêt de ces sommes, à compter du jour où il les a employées à son profit ; et la Cour royale, juge de ce fait, pourra fixer ce jour à celui de la dissolution de la société. (*Cass.*, sect. civ., 22 mars 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Grenoble

du 28 août 1811. J. P., 3e. de 1813, pag. 16. *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 386. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 223).

§. III.

Des engagemens des associés entr'eux, relativement à l'administration de la société.

1923. *Bien qu'un associé n'ait pas la signature sociale, s'il a été chargé d'une administration, tous les actes faits dans les limites de cette administration engagent les autres associés.*

1924. *L'associé qui a la signature sociale engage la société par sa simple signature personnelle, s'il est prouvé que les actes revêtus de cette signature ont été faits pour le compte la société.*

1923. L'associé chargé de l'administration engage la société par tous les actes émanés de lui qui dépendent de son administration. Il n'importe que l'usage de la signature sociale ait été donnée exclusivement à un autre associé. Il suffit que l'associé administrateur, en opérant pour la société, n'ait agi que dans les bornes de son administration, pour que les actes et traités faits par lui engagent les autres associés, et puissent être exécutés contre eux (*Cass.*, sect. civ., 30 prairial an XIII, cassant un arrêt du trib. d'appel de Paris. J. P., 1er. de 1806, pag. 152. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1202.—*Denevers*, tom. III, 1re. part., pag 495).

1924. Le pouvoir d'engager la société est tellement attaché au pouvoir de l'administrer que, lors même que l'associé gérant qui a la signature sociale ferait usage seulement de sa signature

personnelle dans un acte d'administration, cet acte n'engagerait pas moins la société s'il était prouvé, par des actes ou des circonstances, qu'il ait été fait et signé pour la société; et les intéressés doivent être admis à faire cette preuve. La signature sociale fait bien preuve que l'acte est pour le compte de la société ; mais, à défaut de cette preuve, aucune loi ne s'oppose à ce qu'on y supplée par d'autres (*Cass.*, sect. des req., 23 frimaire an XIII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. J. P., 2ᵉ. de l'an XIII, pag. 129. — *Sirey*, tom. V, 2ᵉ. part., pag. 675. — *Denevers*, tom. III, 1ʳᵉ. part., pag. 186).

§. IV.

Des engagemens des associés entr'eux, relativement aux contestations pour raison de la société.

1925. *Toutes les contestations entre les membres d'une société de commerce doivent être portées devant des arbitres, sans que les juges puissent les retenir, même du consentement des parties.*

1926. *L'obligation de l'arbitrage s'applique même aux contestations qui s'élèvent relativement à l'acte de liquidation de la société.*

1927. *Elle s'applique aussi aux sociétés en participation.*

1928. *La convention de prendre parmi les négocians d'une certaine classe les arbitres des contestations de la société ne permet pas de nommer pour arbitre un négociant d'une autre classe.*

1929. *En matière de commerce, à défaut par l'un des associés de nommer son arbitre pour juger la contestation, le tribunal en nomme un d'office pour lui.*

1930. *Le consentement donné pour que les contestations entre*

associés soient jugées sans appel par des arbitres amiables compositeurs, s'étend au cas où ces arbitres ont été nommés d'office.

1931. *La renonciation à l'appel du jugement arbitral ne peut être révoquée que du consentement de toutes les parties.*

1932. *La disposition de l'art.* 1007 *du Code de procédure civile, portant que la mission des arbitres ne dure que trois mois, lorsque les parties n'ont point fixé de délai, n'est pas applicable à l'arbitrage en matière de société commerciale.—Si les parties n'ont pas fixé le délai de l'arbitrage, c'est au tribunal à le fixer.*

1933. *Le refus par l'une ou plusieurs des parties de nommer leur arbitre n'autorise pas les juges à en nommer pour les non refusans.*

1934. *La nomination du sur-arbitre par le tribunal de commerce est valable, quoique les arbitres n'aient pas dressé procès-verbal de leur dissentiment.*

1935. *En matière de société commerciale, la mort de l'un des arbitres ne fait pas cesser le compromis.— Si les arbitres avaient été choisis par les parties, il n'y a pas lieu seulement au remplacement de l'arbitre décédé, mais au renouvellement de tous les arbitres.*

1936. *Dans ce cas, et si le compromis porte sur plusieurs points contestés bien distincts, sans astreindre les arbitres à prononcer, par un seul et même jugement, les arbitres remplaçans ne peuvent remettre en question les points décidés par les premiers.*

1925. L'art. 51 du Code de commerce porte : « Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres ».

Cet article étant conçu en termes absolus, il n'est pas au pouvoir des juges, du consentement même des parties, de retenir la contestation (*Cass.*, sect. civ., 7 janvier 1818, cassant un arrêt

de la Cour de Montpellier du 17 février 1815. *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 129).

1926. Les mots *pour raison de la société*, qu'on lit dans cet art. 51, ne bornent pas la nécessité du recours arbitral aux seules contestations sur l'interprétation, ou l'exécution des clauses du contrat de société ; ils s'étendent encore à toutes les affaires faites en vertu ou par suite de la société : car l'esprit du législateur dans cette disposition a été d'établir un mode plus simple que celui des autres voies judiciaires pour terminer les contestations entre les associés, comme associés. Il s'ensuit que cette disposition de l'art. 51 du Code de commerce s'applique aussi aux contestations survenues entre les associés pour erreurs prétendues dans leur liquidation (Colmar, 24 août 1808. J. P., 3e. de 1810, pag. 303. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1203).

1927. Quoique les associations commerciales en participation ne soient pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés (art. 50 du Code de comm.), cependant les membres de ces associations doivent également porter leurs contestations devant des arbitres, suivant l'art. 51 : car, d'un côté, les formalités dont il est parlé en l'art. 50 ne peuvent s'entendre que de celles qui sont relatives à l'acte de société même ou à sa publicité ; et, d'un autre côté, la place même de l'art. 51 dans le Code de comm., indique qu'il ne s'agit plus, dans cet article, de formalités relatives à l'acte de société ou à sa publicité, mais bien des formes relatives aux contestations qui

s'élèvent entre associés (Bruxelles, 27 décembre, 1810. J. P., 1er. de 1812, pag. 311. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 298. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 168. — *Cass.*, sect. civ., 28 mars 1815, cassant un arrêt de la Cour de Bordeaux du 29 juin 1813. J. P., 3e. de 1815, pag. 190. — *Sirey* tom. XV, 1re part., pag. 154. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 269).

1928. Lorsque des commerçans sont convenus de nommer pour arbitres à l'effet de juger les contestations élevées entr'eux, des négocians d'une classe quelconque, il n'est pas permis à l'un d'eux de choisir pour arbitre un négociant d'une autre classe (Paris, 6 août 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 439. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 82. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 29). C'est une décision qu'il suffit d'énoncer, puisque, d'après l'art. 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites ».

1929. L'accord fait entre des commerçans de soumettre leurs contestations à des arbitres n'est pas rompu par le refus de l'un des contestans de choisir son arbitre ; le tribunal en nomme pour lui un d'office, sans que les contestations appartiennent d'abord aux tribunaux. C'est ce qui résulte également du même art. 1134 du Code civil, et de plus, de l'art. 51 du Code de commerce. (Même arrêt).

1930. La clause d'un acte de société par laquelle les associés ont consenti à ce que les contestations fussent jugées sans appel, conformé-

ment à l'art 52 du Code de commerce, par des arbitres amiables compositeurs, s'étend au cas où, les parties n'ayant pu nommer d'arbitres, ils ont été nommés d'office par le tribunal; et cette nomination d'office conserve aux arbitres le caractère d'amiables compositeurs (*Cass.*, sect. civ., 15 juillet 1818, cassant un arrêt de la Cour de Pau, du 29 juin 1816. J. P., 2e. de 1819, pag. 213. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 1. — *Denevers*, tom. XVI. 1re. part., pag. 484) : « Attendu que l'art. 52 ne fait aucune distinction entre le cas où les arbitres sont nommés par les parties elles-mêmes, et celui où ils le sont d'office par les juges : — Que la renonciation à l'appel n'a pas été limitée dans l'acte au premier cas; qu'au contraire elle est générale : – Que la renonciation à l'appel deviendrait illusoire s'il dépendait de chacune des parties de la révoquer, malgré l'autre partie, en rendant la nomination d'office nécessaire ».

1931. On voit, par le dernier motif de cet arrêt de la Cour de cassation, que l'opinion de cette Cour est que la renonciation à l'appel du jugement arbitral ne peut être révoquée que du consentement de toutes les parties. Elle l'avait déjà ainsi décidé directement dans une cause entre deux associés négocians qui s'étaient soumis à être jugés en premier et dernier ressort par les arbitres que le tribunal de commerce, sur leur prière, avait nommés d'office pour eux. La Cour de cassation fonda, avec raison, cette décision sur ce que les parties, quand elles ont consenti à être jugées sans appel, ont formé un

contrat, qu'aucune d'elles n'a le droit d'anéantir sans le consentement de l'autre (*Cass.*, sect. civ., 8 octobre 1806, cassant un arrêt de la Cour de Colmar, du 22 ventose an XIII. J. P., 1er de 1807, pag. 49. — *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 452. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 606).

1932. La disposition de l'art. 1707 du Code de procédure, portant que la mission des *arbitres* ne dure que trois mois lorsque les parties n'ont pas fixé de délai, n'est pas applicable à l'arbitrage en matière de société commerciale. — Si les parties n'ont pas fixé le délai de l'arbitrage, c'est au tribunal à le fixer (Bruxelles, 1er. mars 1810. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 396. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 31. — Limoges, 21 mai 1817. *Sirey*, tom XVII, 2e. part., pag. 271. — *Denevers*, tom. XV. 2e part., pag. 132) : « Considérant, dit l'arrêt de Limoges, qu'il s'agit au procès d'un arbitrage forcé, et non d'un arbitrage volontaire ; — Que les règles, propres à celui-ci, ne peuvent point s'adapter au premier; — Que, en matière d'arbitrage volontaire, les parties peuvent toujours recourir à leurs juges naturels, quand, par quelques événemens prévus par les lois, elles se trouvent privées de la voie de l'arbitrage, à laquelle elles avaient eu recours ; — Qu'il n'en est pas ainsi en matière de société de commerce, parce que le législateur a créé des tribunaux d'exception, pour connaitre, exclusivement à tous autres, des contestations qui pourraient s'élever entre gens de négoce ; — Que ce principe est écrit en l'art. 51 du Code de commerce ;

—Que l'art. 54 qui le suit, en parlant des débats, porte bien qu'ils seront fixés par les parties, et que, si elles ne sont pas d'accord, ils seront réglés par les juges, mais qu'il n'en résulte aucunement qu'il y ait une déchéance légale, quand il y a eu omission à cet égard, ni qu'on puisse appliquer en pareil cas les dispositions du Code de procédure à cette branche de législation, qui a des maximes toutes particulières ».

1933. La nomination des arbitres appartient essentiellement aux parties, et elles ne peuvent être privées de ce droit par une nomination d'office que lorsqu'elles refusent de l'exercer elles-mêmes. Lors donc qu'une des parties a nommé son arbitre, et que l'autre refuse de nommer le sien, le tribunal ne peut en nommer d'office que pour le refusant, et l'arbitre nommé d'office, doit concourir au jugement avec l'arbitre nommé par l'autre partie (*Cass.*, sect. civ., 5 juin 1815, cassant un arrêt de la Cour de Rouen du 21 octobre 1814.—*Sirey*, tom XV, 1re. part., pag. 384). Le contraire avait aussi été jugé par la Cour de Montpellier (8 juillet 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 248).

1934 L'art. 1017 du Code de procédure civile assujettit les arbitres, qui ne peuvent s'accorder sur le choix du tiers-arbitre, à en faire mention sur le procès-verbal; mais l'art. 60 du Code de commerce n'impose pas aux arbitres l'obligation de faire cette mention dans un procès-verbal. On ne peut donc, en matière de commerce, déclarer nulle la nomination du sur-arbitre faite

par le tribunal de commerce, en conséquence d'un dissentiment connu par le tribunal, mais non mentionné par les arbitres dans un procès-verbal (Paris, 8 avril 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 158. — *Sirey*, , tom. XII, 2°. part., pag. 355. — *Denevers*, tom IX, 2e. part., pag. 32).

1935. En matière de société commerciale, la mort d'un des arbitres ne fait pas cesser le compromis; et, s'ils avaient été choisis par les parties, il n'y a pas lieu seulement au remplacement de l'arbitre décédé, mais au renouvellement de tous les arbitres : « Attendu que l'art. 1012 du Code de procédure civile n'est applicable qu'aux arbitrages volontaires : — Attendu qu'il a été jugé entre les parties, par l'arrêt du....., que l'arbitrage dont il s'agit est forcé, d'après les dispositious du Code de commerce; d'où il résulte que, le compromis n'a pas cessé par le décès du sieur V...... : — Mais attendu que le choix contractuel des arbitres a pu être déterminé par la réunion des qualités personnelles des trois individus sur lesquels la confiance des parties s'est fixée; que, cette base se trouvant détruite par la mort d'un des arbitres, il est juste de rendre aux parties a liberté de faire entr'elles un nouveau choix d'arbitres, au nombre qu'elles ont adopté, sauf, en cas de refus ou de dissentiment, la nomination d'office » (Bruxelles, 31 mai 1810. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag 84).

1936. Dans ce cas, et si le compromis porte sur plusieurs points contestés bien distincts, sans astreindre les arbitres à prononcer par un seul et même jugement, les remplaçans ne peuvent re-

mettre en question les points décidés par les premiers arbitres (Même arrêt).

SECTION II.

Des engagemens des associés à l'égard des tiers.

1937. *Différence, quant à ces engagemens, entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.*

1938. *L'acquisition et la revente en commun de plusieurs immeubles ne produit pas de plein droit solidarité entre les co-acquéreurs ou co-revendeurs.*

1939. *L'achat et la revente en commun, par des commerçans, de certaines marchandises de leur état les rend solidaires envers le vendeur.*

1940. *Les créanciers de la société doivent être payés sur les biens de la société, par préférence aux créanciers personnels des associés.*

1941. *L'hypothèque légale de la femme de l'associé ne peut primer les créanciers de la société sur les immeubles appartenans à la société.*

1942. *La femme n'a pas d'hypothèque sur les biens de la société pour ses deniers dotaux que son mari y a versés.*

1943. *Après la dissolution de la société, la femme de l'associé ne peut être colloquée qu'éventuellement sur le prix des immeubles vendus par le liquidateur, pour être payée, après liquidation et acquit des dettes de la société, sur ce qui, de la part indivise de son mari, restera libre dans le prix.*

1944. *Le créancier personnel de l'associé, faisant même un commerce particulier, n'a pas de privilége pour être payé sur les biens personnels de cet associé par préférence aux créanciers de la société.*

1945. *L'associé qui s'est retiré de la société, dans un tems où elle n'était pas en perte, n'est pas tenu des pertes survenues depuis.*

1946. *Le liquidateur d'une société dissoute, eût-il été gérant pendant la société, ne peut l'engager par un compromis.*

1947. *Le liquidateur n'a pas le pouvoir de remplir les commissions données à la société par les tiers.*

1937. Il y a cette différence remarquable entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales que, dans les premières, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et que l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir (art. 1862 du C. C.) : que, dans les secondes, au contraire, chaque associé est tenu solidairement envers les tiers de la totalité des engagemens de la société, savoir : indéfiniment s'il est associé en nom collectif (art. 22 du C. de comm.), et jusqu'à concurrence seulement de sa mise de fonds ou de son intérêt dans la société s'il est commanditaire ou associé anonyme (art. 26 et 33 du C. de comm.) ; et que tout associé en nom collectif, ayant la signature sociale, oblige, par cette signature, tous ses co-associés (art. 22 du Code de comm.).

1938. Une acquisition de plusieurs immeubles faite en commun et la revente en commun de ces mêmes immeubles ne supposent pas nécessairement une société contractée pour acheter et revendre ; et, lors même que la société serait prouvée, elle ne serait, par son objet, comme nous l'avons établi n°. 1870, qu'une société civile, et non une société commerciale. Il n'y aurait donc pas lieu d'appliquer, contre de tels associés, la solidarité prononcée par les lois commerciales contre les membres d'une société de commerce (*Cass.*, sect. des req., 28 brumaire an XIII, cité audit numéro).

1939. Mais l'acquisition que font en commun de certaines marchandises de leur état des négocians, qui, au lieu de s'en faire ensuite entr'eux le partage en nature, en font l'exploitation, et la revente en détail, soit en commun, soit par l'intermédiaire de l'un d'eux, suppose, par le concours de ces circonstances, une association de commerce entre les acheteurs quant à ces marchandises, et par conséquent rend chacun d'eux solidaire envers le vendeur, quoique la solidarité n'ait pas été stipulée par le contrat. La Cour de Paris (3 février 1809. J. P., 1er. de 1809, pag. 287.—*Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 242) a jugé que l'acquisition en commun supposait, par elle seule, la société de commerce. Nous pensons que si les acheteurs se fussent, après l'acquisition, partagé les marchandises en nature, pour revendre ensuite chacun sa part à son compte particulier, il n'y aurait pas eu réellement société commerciale par le seul fait de la co-acquisition. Mais la Cour a bien jugé dans l'espèce, où se réunissaient les deux circonstances d'achat et de revente en commun.

1940. La société forme un être moral distinct de la personne des associés. Cet être moral possède, acquiert, vend et s'oblige, ou au moins est capable de tous ces actes. Ces actes, et les effets qui en résultent, ne doivent donc pas être confondus avec les actes personnels des associés et leurs effets. De-là il suit que tous les biens composant l'actif d'une société doivent être réputés possédés par la société, et non par la personne

des associés ; et qu'ils ne peuvent devenir biens personnels aux associés qu'après la dissolution de la société, parce que chaque associé n'a jusques là qu'un intérêt dans la société ou une propriété de part sociale. Mais cette part sociale ne peut s'estimer que déduction faite des dettes de la société. Les créanciers de la société doivent donc être payés sur ses biens, par préférence aux créanciers personnels des associés. C'est un privilége de même nature que celui de la distinction des patrimoines en matière de succession (Paris, 10 décembre 1814. *Sirey*, tom. XV, 2[e]. part., pag. 79).

1941. De ces mêmes principes il résulte que l'hypothèque légale de la femme de l'associé, quoique antérieure de date par l'inscription, ne peut primer le créancier hypothécaire de la société sur les immeubles appartenans à celle-ci. En effet, la loi n'accorde d'hypothèque à la femme que sur les biens de son mari ; ceux de la société dans laquelle le mari peut avoir un intérêt ne sont pas immédiatement les biens du mari ; sa part ne se réalise, ne se confond dans son patrimoine qu'à la dissolution de la société, qui, jusque-là, formant un être moral, un être distinct et séparé des membres qui la composent, a ses biens particuliers, qui ne se confondent point avec ceux des associés (Paris, 25 mars 1811. J. P., 2[e]. de 1811, pag. 10. — *Sirey*, tom. XI, 2[e]. part., pag. 428).

1942. Lors même que les deniers dotaux de la femme auraient été versés dans la caisse sociale, ce versement n'aurait pu lui attribuer une hypothèque sur les immeubles de la société,

s'il n'y avait eu convention spéciale à cet effet entre elle et la société ou jugement rendu contre la société. Hors ces cas, elle n'en serait que simple créancière chirographaire : car il n'est accordé à la femme une hypothèque légale pour ses deniers dotaux que contre son mari et sur les immeubles de son mari (Même arrêt).

1943. Après même que la société est dissoute, tant qu'elle n'est pas liquidée et partagée, les immeubles acquis pour son compte demeurent le gage de ses créanciers, qui, quoique chirographaires, ont droit d'être payés sur le prix provenant de la vente de ces immeubles, par préférence aux créanciers personnels, même hypothécaires, de chaque associé. Ainsi, tant que le résultat de la liquidation n'est pas connu, la femme de l'associé ne peut pas demander à être colloquée, pour son hypothèque légale, sur la part indivise de son mari dans l'immeuble vendu par le liquidateur de la société (Toulouse, 31 juillet 1820. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 263). Mais nous pensons, quoique la Cour de Toulouse ne l'ait pas dit, que la femme pourrait demander à être colloquée éventuellement, pour être payée dans le cas où, après l'acquittement des dettes de la société, il resterait une partie libre du prix de la vente.

1944. Au contraire, les créanciers personnels, mais chirographaires, de l'associé ne peuvent pas demander à être payés sur ses biens personnels, par préférence aux créanciers de la société. La raison de cette différence est que les créanciers

de la société sont aussi créanciers personnels de chaque associé; tandis que les créanciers purement personnels de l'associé ne sont pas créanciers de la société. Il faudrait le décider ainsi lors même que, l'associé faisant un commerce séparé de celui de la société, le créancier personnel réclamant serait créancier pour cause de ce commerce particulier : « Attendu que la matière des priviléges entre créanciers, dans le cas de faillite du débiteur, a été spécialement réglée par nos lois nouvelles, notamment par le titre 18, liv. III du Code civil, et par le titre 1er., liv. III, chap. IX et X du Code de commerce; — Attendu que l'espèce de privilége établi par la loi romaine, L. 5, ff. *de Tributoriâ actione*, entre les divers créanciers d'un même esclave exploitant deux établissemens de commerce différens, et tombés tous deux en faillite, n'a été reproduite dans aucune de ces nouvelles lois » (*Cass.*, sect. civ., 18 octobre 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Agen du 22 juin 1812. *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 78. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 327).

1945. L'associé qui s'est retiré de la société, du consentement de ses co-associés, et dans un tems non suspect, c'est-à-dire à une époque où la société n'était pas en perte, n'est pas tenu des pertes et charges survenues ultérieurement; et la solidarité envers les tiers ayant cessé avec la cause qui y donnait lieu, avec son titre d'associé, les tiers n'ont plus de recours contre lui pour les dettes échues postérieurement (*Cass.*, sect.

des req., 8 prairial an XIII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rennes. J. P., 1er. de l'an XIV, pag. 17. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1204. — *Denevers*, tom. III, 2e. part., pag. 150).

1946. Le liquidateur d'une société de commerce dissoute, eût-il été gérant de la société pendant son existence, ne peut l'engager par un compromis : « Attendu que, en point de droit commun, né des lois romaines, reçu comme maxime dans le droit français, et converti en loi positive et nationale par l'art. 1989 du Code civil, le mandataire ne peut compromettre pour son mandant, s'il n'en a le pouvoir spécial et exprès, jusque-là même que le pouvoir de *transiger* ne renferme pas celui de compromettre ;—Attendu que ce point, constant en législation, tient à cet autre principe, également consacré par les lois, que, pour pouvoir compromettre, il faut avoir le libre exercice des biens, des droits et des actions sur lesquels on compromet ; — Attendu que le liquidateur d'une société dissoute ne peut être considéré, et n'est en effet que le simple mandataire des anciens membres de cette société; que sa qualité préexistante (lorsque la société subsistait) d'associé gérant, et les pouvoirs, quels qu'ils pussent être, qui étaient attachés à cette qualité, n'ont pu avoir et n'ont eu que la durée de l'acte social, duquel il dérivait ; qu'ils ont nécessairement cessé avec la société, et que le nouvel acte, qui a conféré au même individu la qualité de liquidateur, ne lui a conféré qu'un nou-

veau mandat, et un mandat ordinaire » (*Cass.*, sect. civ., 15 janvier 1812, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 10 août 1809. J. P., 1er. de 1813, pag. 401. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 113. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 1re.).

1947. Il est clair que les commissions données à la société par les tiers cessent par la dissolution de la société, comme le mandat cesse par la mort du mandataire. Le liquidateur de la société dissoute n'a donc pas le pouvoir de remplir ces commissions : car il représente la société dissoute, et non la société existante. C'est ainsi que les héritiers du mandataire ne succèdent pas au pouvoir de remplir le mandat, parce qu'ils ne représentent pas le mandataire vivant, mais le mandataire mort (*Cass.*, sect. civ., 11 vendémiaire an VII, cassant un jug. du trib. du départ. de la Loire-Inférieure. *Sirey*, tom. Ier., 1re. part., pag. 163. — *Denevers*, tom. Ier., 1re. part., pag. 166

CHAPITRE IV.

De la dissolution de la société et de ses suites.

Des différentes manières dont finit la société. — De la déconfiture et de la faillite. — Du concordat et de la cession de biens. — Des actes faits par le failli ou par les syndics. — Du partage et de la licitation, après la dissolution de la société.

§. Ier.

Des différentes manières dont finit la société.

1948. *Enumération de ces manières.*

1948. « La société finit, 1°. par l'expiration du tems pour lequel elle a été contractée (*Voy.* ce que nous avons dit sur la durée de la société, chap. III, sect. 1re., §. Ier.); 2°. par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation; 3°. par la mort naturelle de quelqu'un des associés; 4°. par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux; 5°. par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société » (art. 1865 du C. C.).

En matière de commerce, la société finit en outre par la faillite d'un des associés, comme elle finit, en matière civile, par la déconfiture de l'un d'eux (Paris, 11 janvier 1810. J. P., 3e. de 1810, pag. 322).

Parmi les questions qui se sont élevées devant les Cours, les seules qui viennent se placer naturellement sous le présent chapitre concernent 1°. les différences établies par le droit français et notre jurisprudence entre la déconfiture et la faillite, et entre les effets de l'une et de l'autre; 2°. la nature et les effets des concordats, de la cession de biens, et des autres actes relatifs à la déconfiture ou à la faillite; 3°. les actes faits par le failli ou par les syndics; 4°. les ventes, licitations et partages qui ont lieu après la dissolution de la société. Nous traiterons ces divers genres de questions sous autant de paragraphes différens.

§. II.

De la déconfiture et de la faillite.

1949. *Différences entre la déconfiture et la faillite.*

1950. *Un particulier non commerçant conserve la libre disposition de ses biens, quoique plusieurs de ses billets aient été protestés.*

1951. *La déconfiture d'un individu non commerçant n'annule point les aliénations par lui faites, ni les privilèges ou hypothèques acquis, ni les inscriptions prises sur lui, dans les dix jours qui l'ont précédée :*

1952. *Ni les inscriptions prises ou ventes faites pendant la déconfiture.*

1953. *La cession volontaire d'un débiteur non commerçant ne peut être homologuée contre les refusans.*

1954. *Elle est obligatoire pour tous les signataires, malgré le refus de plusieurs autres créanciers d'y souscrire.*

1949. Le mot de *déconfiture*, appliqué à un débiteur, exprime l'état d'un homme dont l'insolvabilité est mise à découvert par les poursuites de ses créanciers (1). Si l'on ne voulait expliquer le sens que par l'étymologie, il suffirait de dire que c'est l'état de ruine ou d'insolvabilité d'un débiteur (2). Car *déconfiture* vient du verbe *conficere*, faire un ensemble, composer, et de la préposition privative *de*; d'où *déconfiture* n'exprime que l'état d'un ensemble *défait*, d'un

---

(1) « Le cas de la déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers *apparens* » (Coutume de Paris, art. 180).

(2) « *Déconfiture*, terme synonyme d'insolvabilité » (Nouveau Denisart, v°. *Déconfiture*).

corps décomposé ou désorganisé; et la déconfiture d'un débiteur ne serait, en ce sens, que la destruction de sa fortune comparée à ses engagemens. Mais, comme les coutumes, l'ancien droit français, et ensuite le Code civil, ont attaché à la déconfiture certains effets dans l'intérêt des tiers, il a fallu qu'on lui assignât un caractère auquel elle pût être reconnue facilement de ceux auxquels les tiers auraient intérêt de l'opposer. Car, si, dans l'intérêt public, les contractans peuvent être, en certains cas, sacrifiés aux tiers, ou certains tiers à d'autres tiers, ce ne peut jamais être qu'après que les premiers ont été dûment avertis, ou ont eu le moyen de s'apercevoir du danger qu'ils couraient en contractant. Or le caractère auquel les lois et la jurisprudence ont voulu que la déconfiture fût reconnue est la notoriété de l'insolvabilité; non cette notoriété résultante d'une rumeur publique, mais cette notoriété manifestée par la saisie générale des biens du débiteur, et par l'apparition de créances supérieures en sommes au montant de l'actif du débiteur. Il faut donc, pour qu'il y ait déconfiture, le concours de trois conditions : 1°. insolvabilité du débiteur; 2°. saisie générale de ses biens; 3°. apparition de créances supérieures en sommes à la masse de son actif. Comme ces trois conditions peuvent se réunir aussi bien sur la tête d'un commerçant que sur celle d'un particulier non commerçant, on sent que le mot de *déconfiture* devrait s'appliquer aussi bien à l'un qu'à l'autre. Cependant l'usage, ainsi que le Code civil, a

restreint l'application de ce mot aux personnes non commerçantes.

La faillite d'un débiteur est, comme l'indique le mot même, l'état d'un homme qui manque à ses engagemens ; car faillir c'est manquer ; d'où faillir, comme débiteur, c'est manquer au paiement de sa dette. Le mot de *faillite* s'appliquerait donc aussi, dans son sens propre, au particulier non commerçant, comme au commerçant. Mais l'usage et le Code de commerce en ont restreint l'application aux commerçans. « Tout commerçant qui cesse ses paiemens, dit l'art. 437 du Code de commerce, est en état de faillite ». La plupart des effets de la faillite ayant été, comme ceux de la déconfiture, réglés dans l'intérêt des tiers, et les actes de commerce ayant besoin d'une exécution plus précise et plus prompte que les transactions civiles, les lois ont établi, pour fixer l'ouverture de la faillite, des formalités spéciales, propres à lever promptement toute incertitude sur l'époque de cette ouverture (*Voyez* les art. 440 et 441 du Code de comm.).

Comme un commerçant ne peut pas être en déconfiture sans être en état de faillite, et qu'il peut être en faillite sans être en déconfiture ; comme, d'un autre côté, les lois, plus sévères pour la faillite d'un commerçant que pour la déconfiture en général, attribuent à la faillite non seulement tous les effets de la déconfiture, mais même des effets plus rigoureux encore, les lois commerciales, après avoir réglé ce qui con-

cerne la faillite, n'avaient plus à s'occuper de la déconfiture. Telle est la raison du silence du Code de commerce sur la déconfiture d'un commerçant; et telle est aussi celle qui fait que, dans l'usage, on n'applique plus le mot de *déconfiture* qu'aux personnes non commerçantes.

Mais, comme la faillite d'un commerçant produit des effets non seulement sur ses engagemens commerciaux, mais encore sur ses engagemens civils, ou sur les suites civiles des uns et des autres, par exemple la cessation du mandat, la dissolution de la société, l'exigibilité de toutes les créances contre lui, et la nullité des inscriptions hypothécaires prises dans un certain tems qui précède la faillite, il s'ensuit que le Code civil a dû s'occuper des effets civils de la faillite, en même tems qu'il s'occupait des effets civils de la déconfiture. Aussi partout où les effets sont communs à l'une et à l'autre, le Code civil rappelle-t-il expressément l'une et l'autre. Il ne les confond donc pas ensemble, ne prête pas à chacun des deux mots le même sens : et, lorsqu'il ne parle que de l'une, il n'entend pas prononcer en même tems sur l'autre (*Voyez* les art. 1279, 1446, 1613, 1913 et 2032 du C. C).

Concluons de tout ce qui précède que, soit que l'on consulte le sens seul des mots, soit que l'on ne considère que l'usage et l'esprit de nos Codes, la déconfiture diffère essentiellement de la faillite.

Ces différences dans l'essence de la faillite et de la déconfiture, et dans les personnes qu'elles

concernent, font qu'elles sont régies par des principes différens. La première est régie par la loi de commerce; la seconde par la loi civile. Et les mesures de ces deux lois sont, et doivent être, différentes, tant relativement aux débiteurs, que relativement aux créanciers. Leurs dispositions ne peuvent se confondre; car la législation de commerce est une législation d'exception, faite pour une seule profession, ayant ses principes et ses règles particulières, fixées par les besoins spéciaux du commerce, qui n'existent pas dans les autres professions, et maintenues par des dispositions pénales, qui, comme toutes dispositions pénales, ne reçoivent jamais d'extension.

Les arrêts qui vont suivre ne sont que des conséquences de ces principes.

1950. Comme il ne suffit pas à un simple particulier, exerçant d'ailleurs une profession civile, de souscrire des billets à ordre et d'avoir été actionnaire d'une chambre d'assurance pour être considéré comme commerçant, un tel particulier conserve la libre disposition de ses biens, quoique quelques-uns de ses billets aient été protestés, si d'ailleurs les biens dont il dispose ne sont frappés d'aucune saisie. Il peut donc alors souscrire des obligations hypothécaires, aliéner des immeubles, sans que ces actes soient frappés d'une présomption légale de fraude. Mais les créanciers pourront, en leur nom personnel, et conformément à l'art. 1167 du Code civil, les attaquer, comme faits en fraude de leurs droits,

s'ils leur paraissent tels, sauf aux juges à n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353 du C. C.). : « Considérant qu'il n'est pas possible d'appliquer aux individus non négocians les dispositions du Code de commerce; qu'il y a une extrême différence entre les dispositions de ce Code et celles du Code civil : le premier attache aux actes faits par le commerçant failli dans les dix jours qui précèdent la faillite une présomption légale de fraude, que le Code civil n'attache point aux actes consentis par un individu non commerçant; — Considérant que ce dernier Code n'a point défini la déconfiture; que, s'il en parle en divers articles, c'est pour en déterminer les effets; tels que la dissolution de la société, la révocation du mandat, l'exigibilité de toutes dettes, même du capital d'une rente constituée etc. Mais pour qu'elle puisse produire ces effets, il faut qu'elle soit légalement connue; de simples présomptions, la notoriété même d'insolvabilité sont insuffisantes pour la caractériser d'une manière légale; il faut que des saisies mobilières ou immobilières, sur les biens d'un débiteur non commerçant, attestent son impuissance de satisfaire à ses engagemens. Ce n'est qu'à ces signes que la déconfiture peut être légalement reconnue, et qu'on peut lui appliquer les dispositions du Code civil » (Rennes, 24 mars 1812. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 313. — *Denevers*, tom. XI, 2e. part., pag. 3).

1951. Lors même qu'un individu non commerçant sera en état de déconfiture, ses créanciers ne pourront, comme ceux d'un commerçant, demander la nullité des privilèges ou hypothèques acquis, ou des inscriptions hypothécaires prises dans les dix jours qui précèdent la déconfiture, comme cela a lieu pour la faillite parce que ces deux Codes n'en ont disposé ainsi qu'au cas de faillite (art. 443 du Code de comm. et 2146 du C. C.—Arrêt de Rennes, cité au numéro précédent. — Paris, 12 fructidor an XI. J. P., 1er. de l'an XII, pag. 218. — *Sirey,* tom. VII, 2e. part., pag. 258. — *Id.,* 29 juin 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 112.—*Sirey,* tom. XIII, 2e. part., pag. 5.—*Id.,* 9 juin 1814. *Sirey,* tom. XV, 2e. part., pag. 237.—*Cass.,* sect. des req., 11 février 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 20 avril 1811. J. P., 2e. de 1813, pag. 250. — *Sirey,* tom. XIII, 1re. part., pag. 124).

1952. Ils ne pourront également demander la nullité des inscriptions prises pendant la déconfiture (Nanci, 5 décembre 1811. J. P., 2e. de 1812, pag. 141. — *Sirey,* tom. XII, 2e. part., pag. 382.— Paris, 18 août 1812. *Sirey,* tom. XIII, 2e. part., pag. 14), ni celle des ventes faites dans le même tems; pourvu, bien entendu, que les biens ne soient point saisis, et sauf l'action en fraude (art. 1167), (Paris, 21 mars 1810. J. P., 3e. de 1810, pag. 470. — *Sirey,* tom. VII, 2e. part., pag. 974. — *Cass.,* sect. des req., 2 septembre 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Nanci du 21 janvier 1813. J.P., 1er. de 1813, pag. 260). La

Cour de Bruxelles (23 mars 1811. J. P., 2e. de 1812, pag. 234. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 280) a cependant annulé un transport fait par un individu dont la déconfiture était à la vérité bien constatée par des poursuites judiciaires, par une circulaire à ses créanciers qui l'annonçait, par la nomination d'un curateur qu'avaient faite ces derniers, par un procès-verbal de distribution de deniers provenans de la vente de ses meubles, enfin par son insolvabilité notoire. Nous n'approuvons pas cette décision. Puisque l'individu n'était pas commerçant, la question devait se juger d'après le droit civil. Or, en droit civil, le débiteur avait bien abandonné son actif à ses créanciers, en se laissant nommer un curateur; l'obligation dont il s'agissait était bien transportée aux créanciers, comme tout autre bien : mais ces créanciers étaient alors dans la position de tous cessionnaires, qui ne sont saisis, à l'égard des tiers, que par la signification du transport au débiteur (art. 1690 du C. C.); et si un nouveau cessionnaire fait la signification avant eux, il est le premier saisi, le seul saisi, quoique la date de son transport soit postérieure. Ce sont là les principes du droit civil, et, par conséquent, ceux qu'il faut appliquer aux déconfitures. Il en sera autrement en fait de faillite, parce que, la faillite étant plus facile à connaître et même difficile à ne pas connaître, le cessionnaire n'est pas présumé l'ignorer, et agir de bonne foi, comme dans la déconfiture; car, dans le commerce, non-seulement la cessation des

paiemens d'une maison est connue tout de suite et de tous; mais encore on voit souvent les signes qui annoncent la chute prochaine d'une maison de commerce. Les créanciers n'avaient donc, dans l'espèce, d'autre voie à prendre que l'action en fraude, qui leur était accordée par l'art. 1167 du Code civil, ainsi que nous l'avons dit n°. 1950.

1953. Les créanciers d'un débiteur non commerçant, qui a fait abandon volontaire, ne sont pas recevables à faire homologuer le contrat contre les refusans; car cette disposition du Code de commerce, relative au commerçant, ne se trouve pas dans le Code civil, qui forme le droit commun : elle ne pourrait même s'appliquer à l'individu non commerçant, puisque les créanciers consentant au concordat doivent former la majorité en nombre et présenter les trois quarts en sommes, par leurs titres de créances vérifiés et affirmés, et que la vérification et l'affirmation n'ont pas lieu dans les simples déconfitures, mais uniquement dans les faillites et banqueroutes (Paris, 14 mai 1812. J. P., 2e. de 1812, pag. 520. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 339).

1954. Le traité par lequel les créanciers ont accepté la cession de biens proposée par leur débiteur est obligatoire pour tous les signataires, malgré le refus de plusieurs autres de souscrire au traité (Paris, 15 décembre 1815. J. P., 1er. de 1816, pag. 191). Il n'y a pas lieu, comme dans le concordat, à examiner si les signataires forment les trois quarts en sommes et la majorité

en nombre ; car la cession de biens autorisée par l'art. 1267 du Code civil n'est pas, comme le concordat, un acte général du débiteur avec la masse de ses créanciers, mais un acte individuel du débiteur vis-à-vis de ceux des créanciers avec lesquels il est passé, un acte fait d'une manière absolue, et non un acte fait d'une manière relative et sous la condition d'acquiescement des autres créanciers.

§. III.

Du concordat et de la cession de biens.

1955. *Du concordat fait avec le failli ; de sa nature ; et de ses effets généraux.*

1956. *Le failli ne peut, après l'homologation du concordat, contester les créances vérifiées et affirmées des signataires de ce concordat.*

1957. *Il ne peut même refuser de payer le dividende convenu aux créanciers dont les créances n'ont pas été reconnues ni affirmées avant le concordat.*

1958. *Mais sa caution, pour l'exécution du concordat n'est pas, à moins d'une clause contraire, obligée envers ces derniers.*

1959. *La femme obligée solidairement avec son mari failli, qui n'a pas été partie au concordat, peut être poursuivie séparément, malgré les tempéramens qu'il a obtenus.*

1960. *Le créancier d'une société de commerce en faillite qui, par le concordat, a fait remise d'une partie de sa créance, ne conserve pas, à moins d'une réserve expresse, de recours sur les biens personnels des associés pour la portion remise.*

1961. *L'associé qui, après la dissolution de la société par faillite, obtient personnellement des remises et délais, acquiert ces avantages pour lui seul, et non pour son co-associé.*

1962. *Lorsque des associés en faillite ont fait une cession générale des biens de la société et de leurs biens particuliers, celui d'entr'eux qui a plus abandonné en biens personnels, sans cependant avoir abandonné au-delà du montant de sa portion virile dans les dettes, n'a point de recours contre ses co-associés pour la différence, s'il n'en a fait réserve.*

1963. *Les créanciers hypothécaires ont les mêmes droits que les créanciers chirographaires aux dividendes promis par le concordat.*

1964. *Ils acquièrent droit de voter dans les délibérations relatives au concordat, en renonçant au privilége résultant de leurs titres et inscriptions, pour ne l'exercer qu'après l'acquittement de la répartition convenue par le concordat.*

1965. *Un contrat d'union n'est pas nul par le motif que les créanciers hypothécaires ont concouru à la délibération par laquelle les créanciers ont rejeté à l'unanimité le concordat.*

1966. *Quoique les créanciers hypothécaires n'aient pas voix dans les délibérations relatives au concordat, l'homologation ne le rend pas moins exécutoire contre eux que contre les créanciers chirographaires, en ce qui concerne les meubles du failli.*

1967. *Les offres faites par le failli après les délais de paiement fixés par le concordat, mais avant la demande en résolution faute de paiement, doivent être reçues.*

1968. *Le concordat, fait avant la vérification de toutes les créances, ne peut être opposé au créancier refusant.*

1969. *Hors le cas de banqueroute, un tribunal ne peut annuler un concordat à l'égard des créanciers non réclamans qui l'ont librement consenti; et, si ce concordat a été consenti par tous les créanciers, il doit être homologué, nonobstant l'inobservation des formalités préalables.*

1970. *Les créanciers dont les titres n'ont été ni vérifiés ni affirmés sont non recevables à y former opposition.*

1971. *Les créanciers qui ont libéré leur débiteur commun, moyennant la cession à eux faite, ne sont point recevables à intervenir dans l'instance formée par un autre créancier qui ne s'oppose point à l'exécution de la cession.*

1972. *Quoiqu'un concordat ait été consenti par des créanciers formant la majorité en nombre et les trois quarts en sommes, le créancier refusant peut former opposition à l'homologation, s'il a moyens valables.*

1973. *Les livres mal tenus sont un vice suffisant pour empêcher l'homologation du concordat.*

1974. *Si le concordat a été signé séance tenante par la majorité qu'exige la loi, le fait de quelques autres signatures données hors de la séance n'entraîne pas la nullité du concordat.*

1975. *Lorsque le concordat a été fait clandestinement, le créancier qui n'y a pas été appelé peut former opposition après la huitaine et après l'homologation.*

1976. *Quoiqu'un traité fait sans faillite déclarée, entre un négociant débiteur et plusieurs de ses créanciers, ne soit pas un concordat, il devient cependant caduc par le défaut d'adhésion d'autres créanciers, si son exécution a été subordonnée à l'adhésion unanime de tous les créanciers.*

1977. *L'acte par lequel un failli cède à ses créanciers tout son actif, moyennant libération entière qu'ils lui donnent, est un concordat sujet au droit proportionnel, et non une simple union sujette au droit fixe, quoique les créanciers s'y soient unis.*

1978. *Les héritiers bénéficiaires d'un failli, qui a fait l'abandon volontaire de ses biens à ses créanciers succèdent, après son décès, aux biens invendus, et sont tenus à en faire la déclaration à la régie.*

1955. Le concordat n'est point un acte d'hostilité contre le failli; c'est au contraire un acte de conciliation entre lui et ses créanciers; c'est un contrat commutatif. Le failli, qui, par l'effet

de la faillite, avait été dessaisi de l'administration, mais non de la propriété de ses biens, y traite de cette propriété avec ses créanciers, et, pour prix de la cession qu'il leur fait de tout ou de partie de son actif, reçoit en échange les remises qu'ils consentent en sa faveur. On voit dès-lors quelles sont ses différences avec le contrat d'union, véritable acte d'hostilité contre le failli de la part de ses créanciers, qui s'unissent pour faire valoir leurs droits contre lui. Le premier est un acte fait avec le failli; le second un acte fait contre lui.

Mais le concordat n'est point passé avec le débiteur seul; il est passé aussi par les créanciers entr'eux : il n'enchaîne donc pas seulement chaque créancier vis-à-vis du débiteur; il l'enchaîne aussi vis-à-vis des autres créanciers; et, sous ce dernier point, il produit le même effet que le contrat d'union.

1956. Le concordat, étant une transaction entre le failli et ses créanciers, doit mettre fin à toute difficulté entr'eux, puisque les conventions légalement formées entre les parties tiennent lieu de lois (art. 1134 du C. C.).

Ce principe est celui de plusieurs arrêts, que nous allons rapporter.

Le failli ne peut, après l'homologation du concordat, contester, sous prétexte d'erreur de droit ou de défaut de formalités, les créances vérifiées et affirmées des signataires du concordat (Douai, 16 avril 1813. J. P., 2e. de 1813, pag. 282. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 286. —

Denevers, tom. XII, 2e. part., pag. 81). Autrement, le failli pourrait placer dans son bilan des créanciers supposés, dont la prépondérance entraînerait l'acquiescement des autres créanciers, sauf à les écarter ensuite par des moyens tirés de sa propre fraude, dont il se trouverait profiter : les formalités de vérification et d'affirmation qui précèdent le concordat ne seraient qu'illusoires : le failli n'aurait point besoin de profiter de la faculté, que l'art. 517 du Code de commerce lui accorde, de faire ses observations sur les créances vérifiées et admises; cette disposition de la loi serait inutile : enfin le concordat obligerait les créanciers, souvent bienfaisans vis-à-vis du failli, sans obliger celui-ci, qui pourrait ensuite contester partiellement leurs titres : et, loin d'être la fin des difficultés, il en deviendrait une source féconde.

1957. Ces raisons doivent également faire décider que le failli, qui a passé un concordat, ne peut refuser de payer le dividende convenu, même aux créanciers dont les créances n'ont pas été reconnues ni affirmées avant ce concordat (Paris, 30 décembre 1812. J. P., 2e. de 1813, pag. 61).

1958. Il n'en est pas de même de la personne qui s'est rendue caution du failli pour l'exécution du concordat (Rouen, 2 juin 1815. J. P., 1er. de 1816, pag. 286). L'art. 524 du Code de commerce, dit bien que le concordat homologué, sera obligatoire pour tous les créanciers;

et l'on en conclut, avec raison, qu'il est obligatoire pour le failli vis-à-vis de tous les créanciers sans distinction : mais on aurait tort de déduire la même conséquence relativement à la caution. Si le failli a simulé des créances, il n'y a point d'inconvénient à ce qu'il porte la peine de cette simulation, en étant obligé vis-à-vis de ceux même des créanciers dont les titres n'ont été ni vérifiés ni affirmés ; mais il n'en est pas de même de la caution. Puisque, d'après les art. 515 et 519, le concordat n'a lieu qu'*avec* les créanciers qui ont subi la formalité de la vérification et de l'affirmation, il est naturel de penser, à moins d'une clause contraire, qu'il n'a voulu s'obliger que vis-à-vis de ceux-ci, et non vis-à-vis des autres, dont les titres n'ont pas été reconnus par lui.

1959. L'obligation que la femme souscrit solidairement avec son mari a deux qualités relatives qui sont différentes. Relativement au mari, elle n'est qu'un cautionnement ; relativement au créancier, elle est une obligation principale. Car l'art. 1431 du Code civil, dit que la femme est réputée caution du mari, *à l'égard de celui-ci :* elle conserve donc, à l'égard du créancier, sa qualité de débitrice principale ; elle peut donc être poursuivie comme telle, séparément et indépendamment de son mari, et nonobstant les tempéramens qu'il obtient. Ainsi, le concordat fait avec son mari ne peut lui profiter lorsqu'elle n'y a point été partie : « Attendu

que nécessairement les créanciers se sont réservé leurs droits contre les autres signataires » (Paris, 18 avril 1815. J. P., 2.e de 1816, pag. 310).

1960. Le créancier d'une société de commerce en faillite, qui, par le concordat, fait remise d'une partie de la dette sociale, ne conserve pas, à moins d'une réserve expresse, son recours contre les biens personnels des associés pour la portion remise (*Cass.*, sect. civ., 3 juin 1818, cassant un jug. du trib. de Paris du 18 février 1817. J. P., 3e. de 1818, pag. 65). Car la créance sociale est évidemment éteinte par la remise; et la créance personnelle contre chaque associé, dérivant de la créance sociale, s'éteint avec elle (1). De plus, les associés peuvent être considérés, quant à leurs biens personnels, comme solidaires de la société. Or, la remise sans réserves à l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres, lorsque le créancier n'a pas fait contr'eux de réserve expresse (art. 1285 du C. C.); car la remise sans réserves équivaut au paiement, ou plutôt est un paiement (2).

1961. Mais, si, en considération de la conduite d'un des associés, les créanciers lui ont fait personnellement des remises, et accordé des délais, en réservant leurs droits contre l'autre

(1) Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent. L. 129, §. I, ff. *de div. Reg.*

(2) *Solutionis* verbum pertinet ad omnem liberationem quoquomodo factam : magisque ad substantiam obligationis refertur quàm ad nummorum solutionem. L. 54, ff. *de Solut. et liber.*

associé, celui-ci ne pourra prétendre en profiter (art. 1285 du C. C.). Il ne pourra pas alléguer que son co-associé doit être réputé avoir traité au nom de la société, et n'a pu acquérir que pour la société les avantages qu'il a obtenus. Car, après la société dissoute par la faillite, chaque associé peut, et est réputé traiter pour son compte personnel (*Cass.*, sect. des req., 22 avril 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Montpellier du 12 février 1817. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 179. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 105).

1962. Il a été jugé que lorsque des associés en faillite font un abandon général des biens de la société et de leurs biens particuliers, sans que cet abandon suffise pour remplir les créanciers, l'associé dont l'abandon particulier est plus considérable, ne peut, s'il n'a pas fait de réserves à cet égard, répéter contre les autres le montant de la différence (Rennes, 24 février 1808. — 5 avril 1809. J.P., 2e. de 1810, pag. 78. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 210). Mais il faut observer que, dans les espèces jugées, l'abandon de l'associé réclamant n'excédait pas sa portion virile dans la dette. Les arrêts nous semblent alors fort justes. Il est vrai que l'associé qui a fait l'abandon le plus considérable profite moins que son associé de la remise et de la faveur des créanciers; mais il n'est pas moins vrai qu'il n'est libéré par eux qu'au moyen de l'abandon de tout ce qu'il possède, et qu'il ne fait qu'acquitter sa dette, sans être subrogé par là aux droits des créanciers.

Mais on sent qu'il en serait autrement si l'intégralité de la dette sociale était acquittée, ou même si le montant de l'abandon fait par l'associé réclamant excédait sa portion virile dans la dette : car si la dette est solidaire vis-à-vis des tiers, elle est divisible, par égales portions, entre les débiteurs, et celui qui a payé plus qu'il ne devait, d'après cette division, conserve contre l'associé son recours pour le montant de la différence.

1963. Le créancier hypothécaire diffère du créancier chirographaire, en ce que le premier a un gage immobilier, dont est privé le second, en ce qu'il a, joint à sa créance, un accessoire que n'a point le simple chirographaire. Le droit additionnel, pris pour assurer le droit principal, ne peut y nuire, ni tourner au préjudice du créancier; son hypothèque ne peut donc le frustrer des prérogatives attachées à la qualité de simple créancier chirographaire, ainsi qu'on le voit dans les art. 539, 540 et 541 du Code de commerce. Dès-lors les créanciers hypothécaires peuvent prétendre leur part du dividende promis aux chirographaires par le concordat passé entr'eux et le failli, et par lequel ceux-ci ont fait abandon d'une partie de leurs créances (Paris, 26 novembre 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 102. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 191).

1964. Ainsi l'art. 520 du Code de commerce, qui ôte aux créanciers hypothécaires inscrits le droit de voix dans les délibérations relatives au concordat, cesse de leur être applicables lorsque

abandonnant, par le concordat, le privilége résultant de leurs titres et de leurs inscriptions, ils se réduisent à la même répartition que les créanciers chirographaires, et ne se réservent de faire valoir leurs droits qu'après l'acquittement de cette répartition à tous les créanciers : car il est permis à chacun de renoncer à un droit introduit en sa faveur (Nîmes, 18 mai 1813. J P., 1er. de 1814, pag. 204. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 119).

1965. Les formalités prescrites pour la validité du concordat ont eu pour objet de prévenir les surprises qui pourraient être faites aux créanciers consentans, et d'empêcher que leur erreur ne devînt fatale, non-seulement à eux-mêmes, mais encore aux créanciers refusans, contre lesquels l'homologation serait ensuite obtenue. La nécessité pour ceux-ci de souffrir l'exécution d'un traité auquel ils n'ont pas concouru, a dû rendre le législateur plus sévère sur les formes qui pouvaient constater le consentement libre et éclairé des créanciers signataires. Mais il est évident que le but de ces formalités s'évanouit quand le concordat, au lieu d'être accepté par la majorité des créanciers, est rejeté par eux à l'unanimité. Il n'importe donc qu'alors quelques unes de ces formalités aient été omises; et quoique, par exemple, les créanciers hypothécaires aient concouru, sans renoncer à leur hypothèque, à la délibération qui a rejeté le concordat, le contrat d'union qui a suivi ce rejet n'en est pas moins valable (*Cass.*, sect. des req.,

2 juin 1812, rej. le pourv contre un arrêt de la Cour de Douai du 12 octobre 1811. J. P., 3e. de 1812, pag. 517. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 429. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 534).

1966. L'hypothèque n'étant qu'un droit réel sur les immeubles affectés à l'obligation (art. 2114 du C. C.), son effet ne s'étend pas aux meubles, sur lesquels les créanciers hypothécaires n'ont pas plus de droit que les chirographaires. Les premiers sont donc forcés, comme les autres, d'accéder au concordat, dont ils ne peuvent déranger l'économie, dans leur intérêt exclusif, pour exiger, sur le mobilier, l'intégralité de leurs créances (*Cass.*, sect. civ., 26 avril 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Dijon du 12 mars 1813. J. P., 3e. de 1814, pag. 534. — *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 225. — *Denevers*, tom. XII, 1re. part. pag. 302). La loi est positive à ce sujet. Bien que l'art. 520 du Code de commerce ait exclu les créanciers hypothécaires du droit de voix dans les délibérations relatives au concordat, cependant l'art. 524 porte que « l'homologation du concordat le rendra obligatoire pour *tous* les créanciers ». Les art. 541, 542 et 543 sont encore plus décisifs. L'art. 543 veut que les créanciers hypothécaires qui ne viennent point en ordre utile soient considérés comme purement et simplement chirographaires : l'art. 542 applique implicitement la même décision à l'égard de la portion pour laquelle les fonds des immeubles manquent aux

derniers créanciers hypothécaires : et enfin l'article 541 veut que les créanciers qui ont été colloqués en ordre utile, pour toute leur créance, sur le prix des immeubles vendus, reversent dans la masse chirographaire tout ce qu'ils en auront reçu pour les mêmes créances; ce qui remet tous les créanciers hypothécaires aux mêmes droits que les créanciers chirographaires sur le mobilier du failli. Tel est aussi le sens de la discussion qui eut lieu au Tribunat sur l'article 524.

1967. Lorsque, par un concordat, il a été fait remise au débiteur failli d'une partie de la dette, mais sous la condition que le surplus serait payé dans un délai convenu, les offres faites par le débiteur après ce délai, mais avant toute demande en résolution de ce concordat, sont valables, puisque la clause résolutoire ou la clause pénale n'ont leur effet qu'après la mise en demeure (art. 1184-1230 du C. C.). (*Cass.*, sect. des req., 17 avril 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen du 11 juin 1816. J. P., 2e. de 1817, pag. 257).

1968. Il est indubitable que le traité fait entre les créanciers et le failli, avant la vérification de toutes les créances, au préjudice d'un créancier dont la créance était contestée, ne peut être objecté à ce dernier. Car l'art. 519 du Code de comm. ne reconnaît de traité obligatoire pour les créanciers récalcitrans que celui qui a lieu après l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédens, et au nombre desquelles se

trouve la vérification des créances (Paris, 10 août 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 29. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 107. — *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 36).

1969. Mais, si l'art. 519 du Code de commerce défend de passer outre au concordat avant l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédens, et s'il le défend à peine de nullité, il est inconstestable que cette nullité, établie dans l'intérêt seul des créanciers, et non dans celui de l'ordre public, qui ne se trouve là compromis en rien, est purement relative; qu'elle ne peut être prononcée que sur la demande de ceux des créanciers qui se croient lésés par l'inaccomplissement de quelque formalité, et seulement à l'égard de ces créanciers. Car il est libre aux créanciers de ne pas faire usage de dispositions que la loi n'a établies qu'en leur faveur. Aucun article ne confère aux tribunaux le droit d'annuler d'office, si ce n'est tout au plus dans les cas d'inconduite ou de fraude, qui constituent la banqueroute simple ou la banqueroute frauduleuse (art. 521, 526, 586 et 593 du C. de comm.), un concordat librement et volontairement consenti entre un failli et ses créanciers.

Ainsi la Cour de cassation (sect. civ., 25 février 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 74. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 195. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 171) a cassé un arrêt de la Cour de Paris, du 11 février 1815, qui, sur la demande de deux créanciers, avait annulé, dans sa généralité, et d'office, à l'égard de tous

les autres, non réclamans, un concordat librement consenti entr'eux et le failli.

Ainsi encore, la Cour de Douai (22 juin 1820. J. P., 1[er]. de 1821, pag. 350. — *Sirey*, tom. XXI, 2[e]. part., pag. 253) a jugé que, si un concordat a été consenti par tous les créanciers, sans qu'il s'élève aucune présomption de fraude ou d'inconduite contre le failli, le tribunal de commerce doit homologuer un tel concordat, et déclarer le failli excusable et susceptible d'être réhabilité, quoique les formalités dont parle l'art. 519 n'aient pas été accomplies avant la signature de ce concordat.

1970. Les créanciers dont les titres n'ont été ni vérifiés ni affirmés, ne devant être ni appelés ni admis dans les assemblées de créanciers (art. 514 et 515 du Code de comm.), sont sans qualité pour intervenir au concordat, et dès-lors non recevables à y former opposition (Nîmes, 17 janvier 1812. J. P., 1[er]. de 1813, pag. 236. — *Sirey*, tom. XIV, 2[e]. part., pag. 281. — *Denevers*, tom. XI, 2[e]. part., pag. 3).

1971. Comme les conventions font loi entre les parties, et que d'ailleurs l'intérêt est la mesure des actions, des créanciers qui ont acquiescé à la libération intégrale de leur débiteur, moyennant un abandon qu'il leur a consenti, ne sont point recevables à intervenir dans l'action postérieurement dirigée par un autre créancier, qui ne forme point opposition à l'exécution de l'acte passé entr'eux (Paris, 16 juillet 1810. J. P., 1[er]. de 1811, pag. 40).

1972. La loi, ne voulant pas que le sort d'un débiteur malheureux dépendît entièrement de l'entêtement de quelques créanciers, a décidé que le traité s'établirait par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité et représentant en outre, par leurs titres, les trois quarts de la totalité des sommes dues (art. 519 du Code de comm.). Mais il n'en faut pas conclure que les créanciers qui refusent d'y prendre part ne soient pas recevables dans leur opposition à l'homologation du concordat, basée sur des motifs suffisans pour empêcher ce concordat. C'est ce qu'on doit décider par argument de l'article 526 du Code de commerce, et ce que paraît avoir pensé la Cour de Paris dans les motifs d'un arrêt, (1er. août 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 131), qui a seulement déclaré, dans l'espèce qui lui était soumise, ces créanciers *non fondés* dans les moyens sur lesquels ils l'appuyaient, ce qui était les déclarer implicitement *recevables à exposer* ces moyens.

1973. Quant aux motifs suffisans pour empêcher l'homologation du concordat, ils sont énoncés dans les art. 521 et 526 du Code de commerce. « Si l'examen des actes, livres et papiers du failli, donne quelque présomption de banqueroute, il ne pourra être fait aucun traité entre le failli et les créanciers, à peine de nullité : le commissaire veillera à l'exécution de la présente disposition (art. 521 du Code de comm.) ». —« Le tribunal de commerce pourra, pour cause d'inconduite ou de fraude, refuser l'homologa-

tion du concordat; et, dans ce cas, le failli sera en prévention de banqueroute et renvoyé, de droit, devant le magistrat de sureté, qui sera tenu de poursuivre d'office. — S'il accorde l'homologation, le tribunal déclarera le failli excusable, et susceptible d'être réhabilité aux conditions exprimées au titre ci-après *de la Réhabilitation* (art. 526 du Code de comm.) ». Ces deux articles forment deux dispositions bien distinctes; le dernier n'est donc point modificatif du premier : et il suffit que des créanciers ne soient pas éclairés par les livres du failli pour qu'on ne puisse appliquer l'art. 519. C'est donc à tort, selon nous, que la Cour de Paris (9 janvier 1819. J. P., 3e. de 1819, pag. 260. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 198) a jugé que le concordat passé avec le failli et les trois quarts en sommes et en nombre de ses créanciers pourrait être déclaré exécutoire contre les créanciers récalcitrans, quoique, sur la poursuite de l'un d'eux, le failli ait été condamné ultérieurement pour banqueroute simple, résultante de la tenue irrégulière de ses registres. Comment exiger en effet que des créanciers consentent en aveugles des sacrifices en faveur d'un débiteur négligent?

1974. L'art. 522 du Code de commerce dit bien que le concordat sera, à peine de nullité, signé séance tenante. Mais on aurait tort d'en conclure que le concordat soit nul, parce que quelques créanciers qui y ont adhéré ne l'ont pas signé dans le lieu où il a été consommé, si d'ailleurs les autres signatures forment la majorité exigée

par l'art. 519; car, cette majorité étant suffisante, c'est le cas d'appliquer aux signatures de surplus le principe que ce qui abonde ne nuit pas (Nîmes, 18 mai 1813. J. P., 1er. de 1814, pag 204. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 137. — *Denevers*, tom. XII, 2e. part, pag. 65).

1975. L'art. 523 du Code de commerce, qui assujettit les créanciers opposans au concordat à former leur opposition dans la huitaine, et l'art. 524, qui dit que l'homologation le rend obligatoire pour tous les créanciers, ne parlent évidemment que du concordat arrêté entre le failli et sans fraude, mais non des traités clandestins passés sans convocations préalables et sans l'observation des formalités voulues par la loi pour la validité des concordats, parce que de pareils actes ne sont pas de véritables concordats (art. 519 du Code de comm.). Le créancier qui n'a point été appelé au concordat est donc recevable à y former opposition après la huitaine, et même après l'homologation (Caen, 18 août 1814. J. P., 1er. de 1815, pag. 232. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 395).

1976. Mais un tel traité est évidemment obligatoire pour les signataires. La Cour de Paris (14 décembre 1814. J. P., 1er. de 1815, pag. 384. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 84. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 37) a jugé, il est vrai, qu'un traité fait entre un négociant débiteur et plusieurs de ses créanciers, sans qu'il y ait eu faillite déclarée, ni observation des formalités prescrites en pareil cas, était devenu caduc par

le refus de quelques créanciers d'accéder au traité, en sorte que les signataires ne pourraient plus en exiger l'exécution. Mais il faut observer que, dans les attendus de la Cour, il est dit qu'il ressort évidemment de l'ensemble des dispositions du traité que l'intention des parties a été que l'effet de l'exécution de ce traité fût subordonné à l'adhésion générale de tous les créanciers. Cette circonstance nécessitait effectivement une telle décision (art. 1161 du C. C.), qui, sans elle, ne pourrait, selon nous, être posée en principe général; car il n'en est pas d'un pareil traité comme d'un concordat : il n'est qu'un acte fait vis-à-vis de quelques individus, et non vis-à-vis d'une masse. Que d'autres l'adoptent ou le refusent, il doit donc être exécuté vis-à-vis de ces individus, avec lesquels seuls il a été fait, et que le débiteur est censé avoir eus seuls en vue ; sauf évidemment la puissance qu'ont néanmoins les tiers de s'y opposer, si leurs droits se trouvent lésés.

1977. Le concordat, étant un traité à forfait, donne lieu à un droit proportionnel (art. 69, §. III, n°. 3 de la loi du 22 frimaire an VII); tandis que le contrat d'union, ne contenant aucune convention entre les créanciers et le failli, n'opérant aucun changement dans leurs positions respectives, ne donne lieu qu'à un droit fixe (art. 68 §. III, n°. 6, *ibid*). D'après le principe incontesté que, pour juger un acte, c'est sa nature et son caractère, et non sa dénomination qu'il faut consulter, l'acte par lequel le failli cède à ses créan-

ciers son actif, pour en faire le recouvrement et la répartition entr'eux, et être tenu quitte de toutes dettes, doit être considéré comme un véritable concordat passible du droit proportionnel, et non comme un contrat d'union, quoique les créanciers y aient déclaré *s'unir* pour agir en nom collectif dans toutes les opérations de la faillite (art. 527 du Code de comm.) (*Cass.*, sect. civ., 3 janvier 1820. J. P., 2e. de 1820, pag. 453. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 194).

1978. Les héritiers bénéficiaires d'un failli qui a fait l'abandon volontaire de ses biens à ses créanciers succèdent, après son décès, aux biens invendus, et sont tenus d'en faire la déclaration à la régie : « Vu l'art. 27 de la loi du 22 frimaire an VII, lequel ordonne l'enregistrement de toute mutation de propriété ou d'usufruit par décès, etc.: —Vu pareillement l'article 68 de la même loi, §. IV, no. 1er., par lequel les abandonnemens de biens, soit volontaires, soit forcés, *pour être vendus en direction, ne sont assujettis qu'à un droit fixe ;* disposition qui démontre que l'abandonnement volontaire ne confère pas davantage la propriété que l'abandonnement forcé, puisque cet acte n'est pas assujetti au droit proportionnel, imposé sur toute mutation » (*Cass.*, sect. civ., 28 juin 1810, cassant un jug. du trib. d'Angers du 12 avril 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 486).

§. IV.

Des actes faits par le failli ou par les syndics.

1979. *Principes généraux.*

1980. *Les aliénations immobilières faites à titre onéreux par le failli, dans le tems intermédiaire entre la déclaration de la faillite et les dix jours qui précèdent l'époque fixée pour son ouverture, sont-elles nulles, ou sont-elles seulement susceptibles d'être annulées pour cause de fraude?*

1981. Quid *des aliénations mobilières ?*

1982. Quid *des ventes faites avant les dix jours ?*

1983. *Les actes du failli, faits sous seing-privé, et qui n'ont pas une date certaine, sont présumés faits dans les dix jours, et, comme tels, peuvent être annulés.*

1984. *Le débiteur qui se déclare lui-même en faillite ne peut faire de nantissement au préjudice de ses créanciers.*

1985. *Le créancier qui, connaissant la faillite, a reçu, au jour de cette faillite, des marchandises en paiement d'un billet échu est obligé de les rapporter.*

1986. *Le propriétaire qui, ignorant la faillite, non encore déclarée, de son locataire, a fait saisir et vendre les meubles de ce locataire, et, sur le prix, a été payé des loyers qui lui étaient dus n'est pas obligé de rapporter ces loyers.*

1987. *Le jour fixé pour l'ouverture de la faillite est compris tout entier dans la faillite.*

1988. *La vente faite par le failli, après qu'il a été admis au bénéfice de cession, est nulle de plein droit.*

1989. *L'obligation qui n'est que récognitive d'une dette antérieure à la faillite peut être valablement souscrite après la faillite.*

1990. *Les actes faits de bonne foi entre le mandataire du failli et les tiers, postérieurement à la faillite, peuvent être maintenus.*

1991. *Les syndics peuvent nommer des arbitres pour les contestations relatives à la société.*

1992. *Ils peuvent, par le cahier des charges, accorder des délais aux adjudicataires des immeubles; mais ces délais peuvent être réduits par le juge.*

1993. *Les syndics même définitifs peuvent être révoqués par les créanciers.*

1994. *Les biens du failli doivent être vendus avec toutes les formes prescrites par le Code de procédure civile pour la vente des biens de mineurs.*

1979. Du moment qu'il y a faillite, tous les biens du failli sont le gage commun de ses créanciers : de ce moment aussi les droits des créanciers demeurent invariablement fixés ; en telle sorte que leur condition ne peut plus changer, et que nul ne peut, après la faillite, obtenir des titres ou des avantages, au préjudice des autres. La loi étend même ce principe sur les actes faits dans les dix jours qui précèdent la faillite. Quelques-uns de ces actes sont déclarés par elle nuls de plein droit, d'autres susceptibles d'être annulés (art. 441 à 446 du Code de comm.).

L'art 441 du Code de commerce attribue au tribunal de commerce deux droits ; le premier, de prononcer l'existence de la faillite ; le second, de fixer quand cette faillite a commencé, d'en faire remonter l'ouverture à une époque déterminée. Et il faut bien remarquer que les articles cités plus haut déclarent ou nuls ou susceptibles d'être annulés, les actes faits dans les dix jours qui précèdent non-seulement la *déclaration*, mais l'*ouverture* de la faillite. Il faut en outre remarquer que la loi a voulu empêcher non-seu-

lement les actes frauduleux par lesquels on ferait passer les biens à des prête-noms, mais aussi tous les actes par lesquels des créanciers se trouveraient saisis, par préférence, de valeurs qui sont devenues le gage de tous; que ses dispositions ont été portées non-seulement contre la fraude, mais aussi dans la vue de l'extrême équité, qui veut que le sort de tous les créanciers soit égal dans un malheur commun, sous la seule différence, qu'elle devait admettre, entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires et les simples créanciers chirographaires; enfin, que la nullité des actes entâchés par la loi est établie non en faveur du failli ou de ceux qui traitent avec lui, mais en faveur de la masse des créanciers.

1980. Mais, à ce sujet, se présente une question importante, celle de savoir si les actes translatifs de propriétés immobilières à titre onéreux, faits par le failli antérieurement à la *déclaration* de la faillite, mais dans les dix jours qui précédent l'époque à laquelle a été fixée l'ouverture de cette faillite, ou même postérieurement à cette époque, sont nuls de plein droit, ou bien s'ils sont seulement susceptibles d'être annulés quand ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude.

On étaie la première opinion sur l'art. 442 du Code de commerce, qui dit que « le failli, *à compter du jour de la faillite*, est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens ». Mais nous pensons qu'ils sont seulement suscep-

tibles d'être annulés : car le tribunal peut faire remonter l'époque de la faillite à un tems très-éloigné, à plusieurs années (1), puisque la loi ne limite point cette faculté ; et, pendant tout l'intervalle écoulé entre le jour fixé pour l'ouverture de la faillite et le jour de la déclaration, l'individu n'a pas cessé d'administrer ses affaires. Ce qui le prouve clairement, c'est l'art. 454, qui dit que « par le même jugement qui déclarera l'ouverture de la faillite, le tribunal de commerce nommera un ou plusieurs agens ». Ce n'est donc qu'au moment de la déclaration de la faillite qu'on nomme des agens pour administrer, à la place du failli. Or quel serait le danger, et même l'injustice, de la rétroactivité qui annulerait, non seulement à l'égard du failli, mais même au préjudice des tiers de bonne foi, tous les actes passés dans ce long intervalle de tems, et qui permettrait de revendiquer auprès de ces tiers des biens qu'ils auraient acquis de lui, dont le prix aurait été reçu et dépensé par lui, et pour lequel l'acquéreur dépouillé ne conserverait qu'un droit dans la contribution, dont le résultat se réduirait souvent à rien, ou à presque rien ! N'est-ce pas d'ailleurs aux créanciers, qui avaient déjà des droits à exercer contre le débi-

---

(1) Par exemple, un arrêt de Paris du 28 janvier 1814 (J. P., 1er. de 1815, pag. 31), qui, déclarant un homme en faillite après son décès, fait remonter l'époque de l'ouverture de la faillite à six années plus haut que l'époque de la déclaration. *Voyez* aussi les considérans de l'arrêt de la Cour de Colmar du 30 juillet 1819, que nous allons citer.

teur, à s'imputer de ne pas l'avoir fait, et d'avoir toléré une gestion qui devait induire les tiers en erreur? Aussi, si l'art. 444 dit : « Tous actes translatifs de propriétés immobilières faits par le failli, à titre gratuit, dans les dix jours qui précèdent la faillite, sont nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers », il ajoute : « Tous actes de même genre, à *titre onéreux*, sont *susceptibles d'être annulés*, sur la demande des créanciers, s'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude ». Ces réflexions montrent assez que l'art. 442, en fixant *au jour de la faillite* l'incapacité du failli, a entendu, par ces mots, le jour où le juge déclare la faillite ouverte, sans égard pour celui auquel il la fait remonter. Ces principes, qui se rapprochent de ceux des anciennes lois (1), nous paraissent avoir été reconnus par la Cour de Colmar (30 juillet 1819. J. P., 2e. de 1820, pag. 352.—*Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 58), qui, en annulant une vente de meubles et d'immeubles consentie par un débiteur avant la déclaration, mais à une époque postérieure à la date de l'ouverture, de la faillite, au

---

(1) Suivant la loi 6, §. VI, ff. *Quæ in Fraudem credit.*, le débiteur n'était dépouillé de ses droits qu'à compter du jour de l'envoi en possession de ses biens fait à ses créanciers.

Notre ordonnance de 1673 ne frappait même pas le failli d'une incapacité déterminée; et seulement déclarait nuls « tous transports, cession, ventes et donations de biens, meubles et immeubles, *faits en fraude des créanciers*» (art. 4, tit. II). Et les dispositions de l'ordonnance du 18 novembre 1702, bien qu'ajoutant à celle de 1673 en ce qu'elles frappaient le failli d'une véritable incapacité, se contentaient de déclarer nuls et de nul effet toutes cessions et transports s'ils n'étaient faits dix jours au moins avant la faillite *publiquement connue*.

profit de la femme, en remplacement de ses reprises matrimoniales, liquidées par un jugement qui prononçait la séparation de biens, l'a annulée *parce qu'elle était faite en fraude des créanciers* » : « Considérant que, s'il a été reconnu qu'il est dans l'intérêt du commerce que l'on puisse appliquer les effets de la faillite pendant tout le tems intermédiaire entre la déclaration de la faillite et les dix jours qui précèdent son ouverture, il a été reconnu aussi qu'il importait à la foi publique, à l'intérêt même du commerce, qu'il fût déterminé quels étaient les actes qui, remontant aux dix jours avant l'ouverture de la faillite, étaient *susceptibles d'être maintenus ou annulés*; — Que cette détermination a été faite par l'art. 444 du Code civil ». Remarquons, à ce sujet, que les actes d'aliénations faits au profit des femmes seront naturellement plus susceptibles d'être annulés que ceux qui seraient faits vis-à-vis d'autres créanciers, parce qu'ils offrent davantage les apparences de la fraude : car la position des femmes et la nature des conventions qu'elles font avec leurs maris commerçant leur laissent en général moins ignorer l'état de ses affaires ; et même leurs demandes en séparation de biens ne peuvent être bien fondées que s'il est prouvé par le désordre des affaires de leurs maris que leurs dots sont en péril ».

1981. Les principes que nous venons de développer ont été aussi consacrés pour les aliénations mobilières par un arrêt de la Cour de cassation (sect. des req., 5 août 1812, rej. le pourv.

contre un arrêt de la Cour de Rouen. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 493. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 601), qui a jugé que la faillite d'un négociant n'avait pas résolu la vente qu'il avait faite, peu de jours auparavant, de certaines marchandises, quoiqu'elles fussent encore dans les magasins du vendeur au moment de la faillite. La vente avait été faite de bonne foi, et la livraison n'avait été différée que par ordre des acheteurs. Ceux-ci, sous le prétexte de la résolution de la vente par la faillite, refusaient d'exécuter le marché. Mais ils y furent contraints sur la demande des syndics : « Attendu que la faillite..... n'avait pas détruit l'effet de la convention faite entre lui (le vendeur) et les sieurs A... (acheteurs) ».

La Cour de Paris (22 août 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 569) a annulé une vente de marchandises que le failli, depuis l'époque à laquelle remontait l'ouverture de la faillite, mais avant sa déclaration, avait faite à un créancier, en paiement de sa créance; et la Cour s'est fondée sur l'art. 447, qui dit que « tous actes ou paiemens *faits en fraude* des créanciers sont nuls, comme *faits en fraude* ». La Cour a conclu de cet article que tous les actes ou paiemens étaient nuls. Mais ce n'est pas là le sens de l'article. Il dit seulement que ceux des paiemens qui auront été faits en fraude seront nuls. D'ailleurs, si la contexture de l'article, si claire par elle-même, pouvait souffrir quelque difficulté, cette difficulté serait levée par le rapprochement de cet article avec

l'article précédent, qui ne déclare rapportables que les sommes payées pour dettes commerciales *non échues* : les sommes payées pour dettes échues ne sont donc rapportables, d'après l'art. 447 du Code de commerce, qu'autant que les paiemens offrent des caractères de fraude.

Revenant aux vrais principes, la même Cour de Paris (31 janvier 1821. J. P., 1er. de 1821, pag. 461. — *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 109) a validé, à l'égard de la masse, un transport fait sans fraude par le débiteur à l'un de ses créanciers depuis la fixation de l'ouverture de la faillite, mais avant que cette faillite ait été déclarée et publiquement connue. A la vérité, on peut objecter que ce transport avait pour objet d'éteindre une dette antérieurement échue ; mais les Attendus de la Cour font voir que ce n'est point cette dernière considération qui l'a décidée, mais bien les règles que nous avons exposées plus haut : « Attendu que le transport dont il s'agit a été fait de bonne foi et sans fraude, à une époque où la faillite n'était point déclarée ni reconnue publiquement, et où le débiteur n'était pas dessaisi de l'administration de ses biens ». La Cour aurait pu étayer aussi son arrêt sur l'art. 447 du Code de commerce.

1982. Si la vente, soit de biens meubles, soit de biens immeubles, faite dans les dix jours qui précèdent la faillite, ou après la faillite, mais avant le jugement qui en fixe l'ouverture, n'est pas essentiellement nulle ; si elle n'est pas né-

cessairement frappée d'une présomption légale de fraude; et si les créanciers ne peuvent l'attaquer qu'en prouvant la fraude; à plus forte raison, en doit-il être de même de la vente faite avant les dix jours qui précèdent la faillite, surtout lorsqu'elle a eu pour objet le remboursement d'une créance lors échue. Ainsi jugé à l'égard d'une vente faite au frère même du failli (Bruxelles, 24 mars 1810. J. P., 2e. de 1812, pag. 231. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 89. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 131).

Mais si les créanciers attaquent la vente comme frauduleuse, et si elle paraît telle aux juges d'après le concours des circonstances, elle pourra être annulée, quoique faite avant les dix jours. Et ce ne sera pas seulement en vertu de principes particuliers à la faillite, mais en vertu du principe général posé en l'art. 1167 du Code civil, qui régit les contrats faits par toutes personnes capables. Ainsi a été déclarée nulle une vente de marchandises faite par acte enregistré plus de dix jours avant la faillite, parce que les circonstances en démontraient la fraude (Dijon, 11 août 1809. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 987).

1983. On sent que la présomption de fraude sera d'ailleurs d'autant plus facilement admise que l'acte se rapprochera plus du jour de la faillite. Et, comme les actes sous seing-privé n'ont point de date contre les tiers, si ce n'est dans les cas prévus par l'art. 1328 du Code civil, il s'ensuivra que, hors ces cas, la vente sous

seing-privé de marchandises sera réputée faite, à l'égard des tiers, dans les dix jours qui ont précédé la faillite, et, comme telle, déclarée nulle, si la présomption de fraude élevée par la loi est justifiée par quelque circonstance, comme, par exemple, le défaut d'examen des marchandises par l'acheteur et de livraison par le vendeur, avant la faillite (Metz, 17 août 1818. J. P., 3e. de 1819, pag. 312. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 30).

1984. Le débiteur qui se déclare lui-même en faillite, en assemblant ses créanciers chirographaires, ne peut leur faire des nantissemens, au préjudice de ses créanciers hypothécaires ou ayant des droits réels sur la chose donnée en nantissement. Car, dessaisi de l'administration de ses biens par l'effet de sa propre déclaration, il n'est plus maître d'accorder une préférence à certains créanciers, au préjudice des autres (Turin, 16 floréal an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 540).

1985. Le créancier qui, au jour fixé pour l'ouverture de la faillite, a reçu du failli des marchandises, en paiement d'un billet protesté plusieurs jours auparavant, et qui néanmoins a retenu le billet, peut être présumé avoir prévu dès le jour du protêt la cessation de paiemens et la faillite, et avoir connu l'existence de cette faillite, au moment où il prenait la précaution de rester nanti du billet, nonobstant le paiement qu'on lui faisait en marchandises. Il pourra donc être condamné à rapporter ces marchandises à la masse

des créanciers, comme les ayant reçues frauduleusement, avec connaissance de la faillite, et contrairement à l'équité, qui veut que du jour de la faillite le sort des créanciers chirographaires soit égal (Colmar, 24 avril 1813. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 122).

Il suffit même que plusieurs des billets du failli aient été protestés pour que le créancier qui reçoit ensuite des marchandises en paiement de sa créance soit réputé avoir eu connaissance de la faillite ; et, quoiqu'à tous autres égards il soit de bonne foi, il sera obligé de rapporter les marchandises (Aix, 20 décembre 1820. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 218).

1986. Mais le propriétaire qui n'a pu connaître la faillite de son locataire commerçant, qui n'avait point à faire contre lui de protêts, d'où il ait pu induire la cessation de paiemens, qui n'a été averti de cette cessation par aucun acte, protêt ou plainte de faillite de la part des autres créanciers, n'est pas tenu, s'il a fait saisir et vendre les meubles de son locataire, de rapporter aux créanciers ce qu'il a reçu de bonne foi en paiement de ses loyers, par suite de la saisie et de la vente, quoiqu'il l'ait reçu après l'époque fixée, par un jugement postérieur, pour l'ouverture de la faillite (*Cass.*, sect. des req., 16 mai 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rennes du 8 juin 1813. *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 315).

1987. Le jour fixé pour l'ouverture de la faillite est compris tout entier dans la faillite. Dès-

lors on ne peut distinguer, entre les paiemens annulables ou sujets à rapports, selon qu'ils ont été faits avant ou après telle ou telle heure (Turin, 22 août 1812. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 121).

1988. La cession de biens étant l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, il est impossible de concilier ce dessaisissement général de la propriété avec la faculté de vendre aucun objet particulier. La vente faite par le failli, après qu'il a été admis au bénéfice de cession, est donc évidemment nulle de plein droit, sans égard pour la bonne foi de l'acquéreur. Ainsi l'a jugé la Cour de cassation (sect. civ., 8 octobre 1806, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 15 messidor an XII. J. P., 1er. de 1807, pag. 55. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 744. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 614) sous l'ancien droit : et aucune raison n'existe de juger différemment ous le droit nouveau.

1989. Le principe que toutes les obligations consenties par un failli postérieurement à la faillite, et même dans les dix jours qui la précèdent, sont nulles, non seulement par l'effet de la présomption de fraude, mais encore par l'incapacité du failli de contracter sous aucun rapport, exige une distinction dans son application. Ce principe gouverne les obligations nouvelles qui n'ont point de cause antérieure à la faillite ; mais il ne s'applique pas aux obligations récognitives d'une dette antérieure à la faillite dont la cause

est prouvée par un titre aussi antérieur à cette faillite. Ce n'est plus la date de l'obligation, mais celle de la dette, qu'il faut consulter, parce qu'alors le failli ne s'engage pas, mais ne fait que reconnaître un engagement antérieur. Cela résulte de l'art. 446 du Code de commerce, qui établit clairement une distinction entre les dettes non échues et les dettes échues, et dont l'esprit doit également en faire admettre ici une entre les dettes antérieures et les dettes postérieures à la faillite. Ainsi des obligations souscrites après une faillite sont valables si leurs causes sont prouvées avoir existé dix jours au moins avant son ouverture (Paris, 26 décembre 1810. J. P., 1er. de 1811, pag. 283. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 181.—*Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 133). Il n'est pas besoin d'ajouter que l'obligation ne peut toutefois contenir de nouveaux accessoires, comme priviléges ou hypothèques (art. 443 du Code de comm.).

1990. Les actes faits de bonne foi entre le fondé de pouvoirs et des tiers depuis la faillite du mandant, et dans l'ignorance de cette faillite, peuvent être maintenus d'après les art. 2005, 2008 et 2009 du Code civil (*Cass.*, sect. des req., 15 février 1808, rej. le pourv. contre un arrêt la Cour de Nîmes. J. P., 1er. de 1808, pag. 545. — *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 196.—*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 111). Car la révocation du mandat par la faillite du mandant ne peut pas avoir raisonnablement plus d'effets que la révocation par la mort de ce mandant. Il

faut, dans l'un comme dans l'autre cas, maintenir les actes faits sous le sceau de la foi due au mandat.

1991. Les syndics provisoires d'un failli peuvent valablement consentir à ce que les contestations élevées entre eux et un associé du failli relativement à la société soient jugées en dernier ressort par des arbitres : « Attendu que les créanciers d'un failli sont naturellement les ayant-cause de ce dernier, et que, lorsqu'il y a des syndics nommés, tous les droits et actions du failli, pour le recouvrement de son actif et la liquidation de son passif, résident en leur personne ; qu ainsi, et d'après l'art. 62 du Code de comm., ils peuvent, en matière de société, consentir à être jugés en dernier ressort ; qu'ils le peuvent d'autant mieux qu'il n'y a dans le Code de commerce qu'une seule exception, celle qui se trouve en l'art. 63...., exception qui confirme la règle pour les autres cas » (Limoges, 28 avril 1813. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 88).

1992. Bien que l'ouverture d'une faillite rende exigibles les créances non échues, il ne s'ensuit pas que les syndics, en vendant les biens du failli, ne puissent accorder aucun délai aux adjudicataires pour le paiement du prix. Comme gardiens et administrateurs des intérêts de la masse des créanciers, ils doivent prendre les mesures nécessaires pour faciliter les ventes et pour les faire aux conditions les plus avantageuses. Or il n'est souvent pas possible de parvenir à des ventes d'immeubles, et d'en obtenir

un prix convenable, sans accorder des délais aux adjudicataires. Les syndics doivent donc, et par conséquent ils peuvent, dans l'intérêt des créanciers, si les circonstances paroissent l'exiger, assigner dans le cahier des charges des délais pour le paiement du prix. Mais si les termes fixés sont véritablement insolites et trop éloignés, le juge doit les réduire, comme ayant excédé la condition tacite du mandat donné aux syndics (Metz, 18 décembre 1816. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 318).

1993. Les syndics, même définitifs, n'étant que les mandataires des créanciers, et tout mandat pouvant être révoqué à volonté par celui qui l'a donné, il est clair que les créanciers peuvent retirer les pouvoirs qu'ils ont donnés à leurs syndics et les conférer à d'autres, sauf à suivre, pour cette révocation et pour la nomination du nouveau syndic, les formes établies par la loi. Ainsi a été maintenue la révocation d'un syndic définitif faite, sur le rapport du commissaire à la faillite, par délibération des créanciers, homologuée par le tribunal de commerce (Caen, 8 décembre 1812. J. P., 3e. de 1813, pag. 367. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 98).

1994. « L'art. 564 du Code de commerce, en renvoyant, pour les formalités à observer dans la vente des biens du failli, aux formes prescrites par le Code civil pour la vente des biens des mineurs, a entendu parler des formes voulues par ce Code avec toute la suite et tous les développemens que lui a donnés le Code de procé-

dure ; ensorte que, dans le sens de la loi, les formalités doivent être absolument les mêmes dans un cas comme dans l'autre. Si cet art. 564 du Code de commerce avait besoin d'interprétation à cet égard, on la trouverait dans un avis du Conseil-d'Etat des 4-9 décembre 1810, qui, pour décider que les questions relatives à la vente des biens immeubles d'un failli sont de l'attribution des juges ordinaires, exclusivement aux tribunaux de commerce, s'est fondé sur tous les articles du Code de procédure, interprétatifs ou ampliatifs du Code civil, relativement aux formalités à observer pour la vente des biens des mineurs, à laquelle celle des immeubles du failli est assimilée pour l'observation des mêmes formalités » (Douai, 13 octobre 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 550).

§. V.

Du partage et de la licitation après la dissolution de la société.

1995. *Si, par le partage de biens acquis en commun, sans fixation des parts de chacun, une plus grande part est abandonnée à l'un des co-acquéreurs, l'excédant est présumé avoir été cédé depuis l'acquisition, et est sujet au droit proportionnel de vente.*

1996. *Si deux personnes acquièrent avec stipulation que le survivant sera seul propriétaire, le prédécès d'un des co-acquéreurs ne donne lieu à aucun droit de mutation.*

1997. *Dans une société en participation, celui qui fournit seul les fonds est propriétaire des marchandises achetées et du prix des reventes, jusqu'à concurrence de ses avances.*

1998. *Nonobstant la clause que, en cas de dissolution de la*

société, les biens qui en dépendront seront licités entre les associés en un seul lot, les biens de la société, si l'un des associés décède laissant des héritiers mineurs, doivent être licités et vendus dans les formes requises pour les mineurs.

1999. *Le créancier d'un associé qui n'est point intervenu à la liquidation et au partage de la société, et qui n'y avait pas formé opposition, ne peut plus attaquer ces opérations après qu'elles ont été consommées.*

2000. *Selon les usages du commerce, les liquidateurs d'une société par actions sont valablement nommés par une délibération où ont été seulement appelés les porteurs du nombre d'actions fixé par le contrat de société pour être aptes à délibérer sur les opérations de la société.*

1995. « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est dans la proportion de sa mise dans le fonds de la société » (art. 1853 du Code civ.).

Des personnes qui achètent en commun une masse d'immeubles, et qui s'obligent solidairement au paiement du prix, sans déterminer entr'elles par le même acte quelle portion chacune entend acquérir dans la masse commune, sont censées avoir acquis par portions égales : car, soit que l'on considère la communauté d'acquisition ou la communauté d'obligation, la mise est égale de part et d'autre. Si donc, lors du partage, il est attribué une plus grande part à l'une qu'à l'autre, il y a présomption d'une cession ultérieure faite par l'un des associés ou communistes à l'autre ; et la régie peut percevoir le droit proportionnel de vente sur cette cession présumée (*Cass.*, sect. civ., 2 mai 1808,

cassant un jug. du trib. civil de Ségré du 11 février 1806. *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 320. — *Denevers*, tom. VI, 2e part., pag. 67).

1996. Mais si deux personnes acquéraient en commun avec stipulation que le survivant serait seul propriétaire du bien acquis, il n'y aurait pas lieu de percevoir, au décès de l'un des acquéreurs, un droit de mutation sur l'exécution de cette stipulation qui attribuerait la totalité au survivant. Le survivant en effet ne tiendrait rien du prédécédé dans la propriété; il tiendrait le tout du titre commun d'acquisition : il ne se serait donc opéré, par la mort du prédécédé, aucune mutation en faveur du survivant, et, par conséquent, il ne serait dû aucun droit (*Cass.*, sect. des req., 11 germinal an IX, rej. le pourv. contre un jug. du trib. civil du départ. du Rhône du 7 nivose an VIII. J. P., tom. I, n°. 5.—*Sirey*, tom. I, 2e. part., pag. 660.—*Denevers*, tom. I, pag. 343).

1997. Dans une société en participation, celui qui fournit tous les fonds à l'autre associé qui seul gère, achète et revend, est propriétaire des marchandises achetées et du prix des reventes, jusqu'à concurrence de ses avances. L'autre associé n'est que son préposé quant à ces avances. Il en est donc dû prélèvement, avant tout partage, au bailleur de fonds.

Si un tiers s'est rendu caution du préposé jusqu'à concurrence d'une somme qui excède les avances, la circonstance que les avances auraient été employées une fois en achat de marchandises revendues ensuite ne fera pas cesser le

cautionnement; car, le préposé n'étant toujours que dépositaire et comptable des marchandises ou rentrées qui succèdent aux premiers emplois, les avances, causes du cautionnement, sont toujours réputées subsister (Bruxelles, 15 mars 1808. J. P., 3e. de 1809, pag. 154. — *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 200).

1998. A la fin de la société, la liquidation et la licitation des objets qu'elle contient doivent être faites dans la forme qui a été convenue entre les sociétaires, soit qu'elles aient lieu entre eux, soit qu'elles aient lieu entre quelques-uns d'entr'eux et les héritiers ou représentans des autres, et, quels que soient ces représentans; car ces représentans ne doivent pas être considérés sous le rapport de leurs personnes, mais sous celui de la personne de leurs auteurs; et leurs droits ne sont autres que ceux de leurs auteurs. Mais, pour que les conventions qui dérogeraient aux formes ordinaires puissent être opposées à ces représentans, il faut qu'elles soient clairement et expressément énoncées : sinon, il y a lieu de rentrer dans le droit commun, surtout lorsque ces représentans sont des individus protégés par la loi, qui a établi en leur faveur des formes particulières.

Ainsi, lorsqu'un des associés vient à décéder laissant des enfans mineurs, la licitation des immeubles et la vente des objets mobiliers servant à l'établissement social doit avoir lieu d'après les formes prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs, quoique les associés soient conve-

nus que, en cas de dissolution de la société, ces objets seraient licités entr'eux, et en un seul lot : car cette clause n'est point expressément exclusive des étrangers et semble d'ailleurs purement relative aux associés, sans prévision du cas de décès de l'un d'eux (Rouen, 26 juin 1806. J. P., 2e. de 1806, pag. 254. — *Sirey,* tom. VII, 2e. part., pag. 1203).

1999. « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent, entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés » (art. 1872 du Code civ.). Cette disposition du Code civil, quoique portée pour les sociétés civiles, règle également les sociétés commerciales dans tous les cas où il n'y est dérogé, ni par le Code de commerce, ni par les usages du commerce; car l'art. 18 du Code de commerce porte : « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties »; et l'art. 1873 du Code civil, titre *des Sociétés,* dit : « Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce ». Or, le titre *des Successions*, chap. VI *du Partage et des rapports*, s'exprime ainsi, art. 882 : « Les créanciers d'un co-partageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais; mais ils ne peuvent attaquer un

partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux, et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée ». Et ni les lois ni les usages du commerce ne contiennent rien de contraire à cette disposition. Il suit delà que si le créancier personnel d'un associé n'a pas formé l'opposition autorisée par l'art. 882 du Code civil et ne s'est pas présenté à la liquidation de la société, il ne peut plus revenir contre l'opération après qu'elle a été consommée, bien que, au lieu d'un simple partage, tout l'actif de la société ait été abandonné à l'autre associé, en compensation de ses réclamations contre la société : car cet acte équivaut à partage, en ce qu'il a pour objet de faire cesser l'indivision (Paris, 13 juin 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 182. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 719).

2000. Mais, pour les sociétés formées par actions, l'usage s'est introduit dans le commerce de n'admettre à délibérer, tant sur les opérations de la société que sur celles de sa liquidation que les porteurs d'un certain nombre d'actions. Ce nombre d'actions nécessaire pour être admis aux délibérations de la société est toujours fixé par le contrat de société ou par ses statuts; et, quoiqu'on n'y ait pas prévu que le même nombre d'actions serait nécessaire pour délibérer sur la liquidation de la société après sa dissolution, il est d'usage encore dans le commerce d'étendre aux délibérations sur la liquidation ce qui a été prévu, à cet égard, seulement pour les délibérations sur les opérations de la société. Cette dérogation

à l'art. 1872 du Code civil résultant des usages mêmes du commerce pour ces sortes de sociétés, un débiteur de la société ne peut opposer cet article pour refuser de payer sa dette entre les mains des liquidateurs de la société, sous prétexte qu'ils n'ont pas été nommés par une délibération signée de tous les actionnaires, mais seulement par une délibération où n'ont été appelés que les porteurs du nombre d'actions fixé par le contrat de société pour être apte à délibérer sur les opérations de la société : « Attendu que les règles établies par l'art. 1872 du Code civil ne reçoivent leur application que dans les cas qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce, suivant l'art. 1873 du même Code » (Bruxelles, 22 juin 1808, J. P., 3e. de 1810, pag. 19. —*Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 277).

TITRE DIXIÈME.

Du Prêt.

Du prêt à usage ou commodat. — Du prêt de consommation.

2001. *Des diverses espèces de prêts.*

2001. « Il y a deux sortes de prêt :—Celui des choses dont on peut user sans les détruire : — Et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait. — La première espèce s'appelle *prêt à usage*, ou *commodat* ; — La deuxième s'appelle *prêt de consommation*, ou simplement *prêt* » (art. 1874 du C. C.).

CHAPITRE PREMIER.

Du prêt à usage ou commodat.

2002. *Sa nature.*

2002. « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875 du C. C.).

Le prêt à usage ou commodat n'ayant presque jamais lieu que pour des objets de modique valeur, et pour un délai très-court, se fait le plus souvent sans écrit, ou n'est constaté que par une reconnaissance sous seing-privé de la part de

l'emprunteur. Il n'est donc que d'un faible intérêt pour le Notaire, et n'a donné, au surplus, lieu à aucun arrêt qui doive trouver place dans cet ouvrage.

CHAPITRE II.

Du prêt de consommation.

Du prêt à terme. — De la constitution de rente perpétuelle.

2003. *Des diverses espèces de prêts de consommation.*

2003. Le prêt de consommation est défini par l'art. 1892 du Code civil « un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de mêmes espèce et qualité ».

Il comprend alors le prêt d'objets corporels, qui, à proprement parler, se consomment par l'usage, et le prêt d'argent.

Ce dernier, selon que le prêteur s'y est ou non réservé le droit d'exiger le capital, conserve le nom de *prêt à terme*, ou prend celui de *constitution de rente perpétuelle*.

L'un et l'autre est renfermé dans le même chapitre du Code civil : cependant la constitution de rente perpétuelle n'est point réellement un prêt, mais une véritable aliénation, aussi bien que la constitution de rente viagère.

Le prêt à grosse aventure est compris dans l'acception générique du mot de *prêt de consommation*, mais non dans l'acception spéciale adop-

tée par l'art. 1892, qui appelle *prêt de consommation* celui où l'on rend « autant de mêmes espèce et qualité ». Le prêt à grosse aventure est rejeté par le Code, avec la rente viagère, au titre *des Contrats aléatoires*, où nous traiterons de l'un et de l'autre.

SECTION PREMIÈRE.

Du prêt à terme.

2004. *L'obligation qui a une cause morale ne peut être annulée comme étant* sans cause.

2005. *La fausse cause ne vicie l'acte qu'autant que, sa fausseté étant démontrée, il n'apparaît pas d'une cause véritable.*

2006. *La preuve de cette nouvelle cause est à la charge du créancier.*

2007. *Est nulle, comme fondée sur une cause illicite, l'obligation dont la cause réelle est une vente faite en France de marchandises prohibées.*

2008. *La mention de numération d'espèces n'est point nécessaire pour établir la dette à l'égard du débiteur.*

2009. *Elle ne l'est même plus aujourd'hui pour les obligations souscrites au profit de juifs.*

2010. *De la stipulatiou de remboursement en numéraire métallique.*

2011. *Principes de l'intérêt de l'argent, et taux de cet intérêt.*

2012. *L'intérêt peut dans l'acte être fondu avec le capital, pourvu que, en résultat, il n'excède pas le taux permis.*

2013. *Les intérêts excessifs doivent être réduits, qu'ils soient stipulés en argent ou en prestation en nature.*

2014. *Les intérêts usuraires qui ont été payés peuvent être répétés.*

2015. *Le débiteur qui se les fait restituer ne peut exiger, lors du*

remboursement du capital, que l'imputation en soit faite, sur le capital, à compter de l'époque de chaque paiement.

2016. *La réduction des intérêts excessifs ne donne pas au créancier le droit de demander le remboursement du capital avant le terme stipulé.*

2017. *L'engagement de payer l'intérêt jusqu'au terme fixé pour le remboursement du capital fait, à défaut de remboursement, continuer cet intérêt après l'expiration du terme convenu ?*

2018. *La disposition de l'art.* 1912, *qui dit que le débiteur d'une rente perpétuelle peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses engagemens pendant deux années, n'est pas applicable au prêt à terme.*

2019. *Mais le créancier à terme peut requérir contre son débiteur la déchéance du terme lorsqu'une partie quelconque des biens qui lui étaient hypothéqués a été aliénée, sans que la faculté de purger ces biens de l'hypothèque ait été interdite à l'acquéreur.*

2020. *On ne peut faire entrer dans les paiemens qu'un quarantième de monnaie de billon, outre les appoints.*

2021. *Principes de la novation.*

2022. *Exemples de conventions qui entraînent ou n'entraînent pas novation dans le contrat de prêt.*

2023. *La novation entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les autres co-débiteurs vis-à--vis du créancier, mais non vis-à-vis du co-débiteur qui a payé.*

2024. *Les effets de commerce deviennent passibles du droit proportionnel d'enregistrement, toutes les fois qu'on en fait la matière d'un acte notarié qui leur ajoute des effets civils.*

2025. *Il n'y a point lieu de percevoir un nouveau droit proportionnel d'enregistrement sur la stipulation qu'une somme exigible, dont la reconnaissance a déjà été soumise à ce droit, ne sera payée qu'à une certaine époque.*

2004. S'obliger sans cause serait une folie ; sur une fausse cause une erreur ; sur une cause illicite une lésion de la loi : ces trois genres d'obligation doivent donc être également frappés de nullité. « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, dit l'art. 1131 du Code civil, ne peut avoir aucun effet ». Mais « la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée » (art. 1132 du C. C.).

La loi a défini la cause illicite. « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux mœurs ou à l'ordre public » (art. 1133 du C. C.).

Mais la loi n'a défini ni le manque de cause, ni la fausse cause. Quelques difficultés se sont élevées à leur sujet.

Expliquons d'abord les mots de *sans cause*.

Du moment que la cause est réelle et licite, peu importe sa nature ; qu'elle soit d'acquisition, de libération, de libéralité, d'obligation légale ou d'obligation morale, de droit ou de délicatesse, dans tous ces cas il n'y a point acte d'insensé, manque de cause.

Ainsi une obligation, sans énonciation de cause, et souscrite par un enfant qui reconnaissait une dette de son père, dont il n'était cependant pas héritier, a été validée, sur le motif que le débiteur avait pu être déterminé par des sentimens d'honneur et de délicatesse, ce qui écartait les reproches d'erreur et d'absence de cause (*Cass.*, sect. des req., 10 mars 1818, rej. le pourv. contre un

arrêt de la Cour d'Agen du 15 janvier 1817. J. P., 2e. de 1819, pag. 5.—*Sirey,* tom. XIX, 1re. part., pag. 158. — *Denevers,* tom. XVII, 1re. part., pag. 35).

2005. Passons à ces mots de *sur fausse cause.* Il faut bien faire attention que la loi ne dit pas une obligation *dans laquelle se trouvera* une fausse cause, mais une obligation *sur* fausse cause; c'est-à-dire basée *sur* une fausse cause, ou, en d'autres termes, qui a été déterminée par une fausse cause. Il faut aussi se rappeler que la loi n'astreint pas à exprimer la cause. Il suit de là que la fausse cause ne vicie l'acte qu'autant que, la fausseté étant démontrée, il n'apparaît pas d'une autre cause légitime et véritable; que, dès-lors, la cause fausse, mais non frauduleuse, disparaissant, il est permis d'y substituer une cause certaine et légitime; que, pour que la substitution de cause ne fût pas permise, il faudrait que ceux qui attaquent l'acte pussent prouver la fraude ou la mauvaise foi (1).

Ainsi ont été validées : 1°. une reconnaissance causée *argent prêté*, bien qu'elle l'ait été réellement pour acquitter la dette d'un gendre (*Cass.*, sect. civ., 22 avril 1807, cassant un arrêt de la Cour de Paris. *Sirey,* tom. VII, 2e. part., pag. 810) :

2°. D'autres reconnaissances causées *argent prêté,* bien qu'elles aient, en partie, eu lieu pour

---

(1) Voyez L. 1re. et 5, ff. *de Condict. sine causâ ;* Pothier, *Traité des Obligations ;* Rousseaud-de-Lacombe, *Recueil de jurisprudence,* v° *Billet ;* M. Merlin, *Répertoire de Jurisprudence,* v°. *Convention,* §. II.

fournitures faites (Paris, 28 août 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 325); ou pour marchandises vendues (Colmar, 10 juin 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 128. — Argum. d'un arrêt de la Cour de Liége, du 11 juin 1812. J. P., 2e. de 1813, pag. 588, qui n'annulle une telle obligation que parce que la vente était une vente illicite):

3°. Une reconnaissance causée en *deniers comptans*, tandis qu'une partie avait été fournie en bons et en effets de commerce : « Considérant que cette simulation ne serait point réprouvée par la loi, alors qu'elle n'a porté préjudice ni aux emprunteurs ni aux tiers, ce qui se rencontre ici, où tout fait présumer que les effets étaient remboursés avant même que l'arrêt fût attaqué » (*Cass.*, sect. civ., 2 décembre 1812, cassant un jug. du trib. de Turin du 2 février 1811. J. P., 1er. de 1813, pag. 289. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 33. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 62). Ce considérant rappelle ce que nous avons dit, tom. III, n°. 980, où nous avons démontré que les donations déguisées sont permises dans les cas où, non déguisées, elles eussent été valables. M. Merlin, au *Rép.* de *Jurisp.* 4e. édition, v°. *Convention*, §. 2, rapporte un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1806, rendu dans le même sens, et cassant un arrêt de Cour royale pour avoir annullé un contrat où l'on avait donné pour cause à une obligation des valeurs fournies en deniers comptans, au lieu de valeurs réellement fournies en crédits de banque déjà ouverts.

2006. Lorsque l'acte d'obligation ne porte point de cause, c'est au créancier qui en allègue une à la prouver, d'après la règle que la preuve d'un fait retombe toujours sur celui qui allègue ce fait (1). La cause fausse est comme n'existant pas (2); sa mention est donc de nul effet; l'acte avec énonciation d'une fausse cause doit par conséquent être assimilé à l'acte sans cause, et la preuve de l'existence d'une véritable cause doit également dans ce cas être à la charge du créancier (3) (*Cass.*, sect. des req., 9 juin 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 3 août 1811. *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 233).

2007. Est évidemment nulle, comme fondée sur une cause illicite, la reconnaissance qui est avouée ou prouvée avoir pour cause la vente faite en France de marchandises dont l'entrée est prohibée dans ce pays (arrêt de la Cour de Liége du 11 juin 1812, cité au n° 2017).

La cour de Colmar (arrêt du 10 juin 1814, cité au n°. 2017) a bien validé une reconnaissance qui avait pour cause réelle une vente de marchandises dont l'entrée était prohibée en France, et qui y avaient été ensuite introduites; mais il faut remarquer qu'elles avaient été vendues hors de France et par des étrangers dont la complicité de

---

(1) Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

(2) Pothier, *Traité des Obligations*, n°. 42.

(3) Voyez M. Merlin, *Questions de droit*, v°. *Causes des obligations*, §. Ier.

contrebande n'était pas prouvée; que ces étrangers avaient bien pu vendre ces marchandises sans s'inquiéter de la destination, et que le tort provenait de l'acquéreur seul; qu'ainsi la reconnaissance avait une cause licite à l'égard de ceux au profit desquels elle était souscrite.

2008. Chez les Romains l'usage s'était établi que celui qui voulait emprunter une somme envoyât d'avance son obligation, afin de recevoir plus promptement la somme. Les abus auxquels cet usage avait donné lieu firent que l'on accorda au débiteur un délai (1) pendant lequel, sauf quelques cas exceptés, il pouvait opposer à l'action intentée contre lui, en vertu de la reconnaissance, l'exception de non délivrance de la somme, de non numération d'espèces, *non numeratæ pecuniæ* (2), à la différence de ce qui avait lieu dans les autres exceptions; et comme le débiteur n'eût pu prouver la non délivrance, fait négatif, on mettait la preuve de la délivrance à la charge du créancier (3).

On sent de plus que la renonciation du débiteur à cette exception était nulle : d'abord, en ne consultant que la loi, parce que cette renonciation n'était pas mise au nombre des causes qui pouvaient empêcher le débiteur d'user de l'exception;

---

(1) D'abord de cinq ans, réduite par Justinien à deux ans. *Inst. de littér. oblig.*—L. 3, 5, 8 et 14, *C. de Non numer. pecun.*

(2) *Instit. de litter. oblig. et de Except.*, §. II. — *C. de Non numer. pecun.*

(3) L. 3 et 10, *C. de Non numer. pecun.*

ensuite, en consultant le raisonnement, parce que cette exception intéressait l'ordre public et les bonnes mœurs, et que la clause de renonciation, si elle eût été admise, serait devenue de pure forme, et aurait par conséquent rendu l'exception illusoire (*Cass.*, sect. civ., 2 fructidor an XIII, rej. le pourv. contre un jug. du trib. d'appel de l'Isère, du 3 fructidor an VIII. J. P., 1er. de l'an XIII, pag. 273).

Cette exception, créée par le droit romain, et suivie en général dans les provinces de droit écrit, non toutefois dans celles du ressort du parlement de Paris, n'était pas reçue en pays coutumiers. C'était même une maxime de notre droit que l'exception *pecuniæ non numeratæ* n'avait lieu en France, pas même pour dot: *Voyez* Papon, en son *Notaire*, pag. 226 et 227; et Rousseaud de Lacombe, au mot *Exception*. C'est par cette raison qu'elle n'a point été introduite dans nos nouvelles lois, et ne devait pas l'être, puisque la cause qui l'avait fait admettre chez les Romains ne subsiste pas chez nous, où n'existe point l'usage de l'envoi prématuré de la reconnaissance; et même, si dans plusieurs provinces de droit écrit cette exception existait aussi pour les reconnaissances passées en minute devant notaire, ce n'était que par abus, puisque ces reconnaissances ne pouvaient avoir été envoyées d'avance par les débiteurs.

C'est probablement cette exception du droit romain qui a donné naissance à l'usage où sont les Notaires d'énoncer dans les contrats de prêts la numération d'espèces en leur présence. Dans

tous les cas, aucune loi n'exige cette clause; et même, suivant les articles 1319 et 1320 du Code civil l'acte fait foi entre les parties de ce qu'il renferme.

Il s'ensuit que la reconnaissance du débiteur, sans la mention de numération d'espèces, suffit pour établir la dette à son égard (Paris, 12 décembre 1809. J. P., 3e. de 1810, pag. 386); et que l'énonciation faite dans un acte de prêt qu'une partie de la somme exprimée dans cet acte a été fournie antérieurement fait foi entre les contractans; en sorte qu'elle ne puisse être attaquée que par l'inscription de faux (Colmar, 7 avril 1813. J. P., 3e. de 1814, pag. 44).

Il n'en est pas de même à l'égard des tiers intéressés, qui, même lorsque la clause de numération d'espèces se trouve dans l'acte, n'en sont pas moins recevables à prouver la simulation de la dette. Mais il faut remarquer 1°. que, dans ce cas, à la différence du droit romain, la preuve sera à la charge de ceux qui attaqueront l'acte; 2°. qu'ils pourront toujours l'attaquer par action civile, comme simulé, bien que la numération d'espèces ait réellement eu lieu, en soutenant alors qu'elle a été fictive; mais que, s'ils veulent l'attaquer comme n'ayant pas été fait avec numération d'espèces, comme contenant à tort cette numération, ils ne pourront le faire que par inscription de faux, puisque l'acte notarié fait foi jusqu'à cette inscription.

La mention de numération d'espèces dans le contrat de prêt notarié, inutile vis-à-vis des dé-

biteurs, en ce qu'ils sont aussi bien obligés sans cette mention, et inutile vis-à-vis des tiers intéressés, en ce sens qu'elle ne les empêche point d'attaquer l'acte, s'ils peuvent prouver sa simulation, a donc cependant un effet utile contre ceux-ci, en ce qu'elle rend plus difficile la preuve de cette simulation, puisqu'elle oblige de plus ou à attaquer l'acte en faux ou à montrer que la numération n'a été que fictive.

2009. Il existait cependant, il y a quelques années, un cas où cette mention était nécessaire vis-à-vis du débiteur et vis-à-vis des tiers. C'était celui où la reconnaissance était souscrite par un non commerçant au profit d'un juif. L'usure habituelle à laquelle un grand nombre de juifs se livraient avait fait rendre, le 17 mars 1808, un décret dont l'article 4 les soumettait à la preuve *numeratœ pecuniœ.* Il était ainsi conçu : « Aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse souscrits par un de nos sujets non commerçans au profit d'un juif ne pourra être exigée sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude ».

La généralité des termes de cet article ne permettait pas de douter qu'il n'embrassât aussi-bien la reconnaissance notariée que la reconnaissance sous seing-privé (*Cass.*, sect. des req., 28 février 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Trèves du 7 décembre 1808. J. P., 2e. de 1811, pag. 273.—*Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 234. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 239).

Ces expressions *le porteur* montrent qu'il s'appliquait à tout cessionnaire de la créance, comme au juif lui-même, ce qui est d'ailleurs conforme au principe que personne n'a pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même (*Colmar*, 8 juillet 1810, *Sirey*, tom. XII, 2e. part. pag. 381); et s'y appliquait même quand le débiteur, intervenu dans l'acte, s'était tenu le transport pour signifié, et avait *accepté le cessionnaire pour créancier*, parce que ces mots ne pouvaient être entendus que dans le sens de créancier cessionnaire, et n'opéraient par conséquent pas novation (Même arrêt).

Enfin les motifs que nous avons énoncés au numéro précédent empêchaient de renoncer au bénéfice de cet article (*Cass.*, sect. des req., 23 juillet 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Weissembourg, J. P., 1er. de 1818, pag. 50. — *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 22. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 366).

Remarquons, toutefois, que l'article ne s'appliquait pas aux reconnaissances notariées où il avait été fait mention que la somme avait été présentement nombrée et délivrée au débiteur, parce qu'alors l'acte portait avec lui-même une preuve, qui ne pouvait être détruite que par l'inscription de faux (*Cass.*, sect. des req., 9 juillet 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Colmar, du 3 février 1810. J. P., 1er. de 1812, pag. 250. *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 328. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 331. — Sect. civ., 9 novembre 1812, cass. un jug. du trib. de Saverne.

J. P., 2e. de 1813, pag. 129. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 148. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 66. — Colmar, 21 décembre 1813 — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 294. — Considérans de l'arrêt sus-énoncé de Colmar, du 8 juillet 1810. — Considérans d'un arrêt de la Cour de Cassation, sect. civ., 6 décembre 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Colmar, du 6 juillet 1813. J. P., 2e. de 1816, pag. 294. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 185. — *Denevers*, tom. XIV, 1re. part., pag. 103, et d'un autre arrêt de la même section du 24 janvier 1815, cassant un arrêt de la Cour de Colmar du 18 novembre 1812. J. P., 1er. de 1816, pag. 61. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 261. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 229).

Dans tous les cas, comme l'art. 18 de ce décret disait : « Les dispositions portées au présent décret auront leur exécution pendant dix ans »; et comme les dix années sont expirées, les juifs sont rentrés dans la législation commune, à l'égard des reconnaissances qui peuvent être souscrites à leur profit.

2010. Les Notaires mettent souvent dans les contrats de prêt la clause que le remboursement ne pourra se faire qu'en numéraire métallique. Plusieurs même ajoutent *aux titres, poids et valeurs actuels.* Ces clauses sont dérogatoires au droit commun; car, sans elles, le remboursement de la somme numérique prêtée serait valablement offert dans les espèces ayant cours au moment du paiement (art. 1895 du C. C.); soit

que ces espèces fussent du papier monnaie, soit qu'elles fussent en argent, avec un titre et une valeur différentes. Il en serait autrement pour le prêt fait en lingots : l'emprunteur serait toujours tenu de rendre la même quantité et qualité de lingots (art. 1896 et 1897 du C. C.).

Si l'autorité, en créant un papier-monnaie, ou en changeant le titre des espèces, n'avait pas soin d'annuler les clauses dont nous venons de parler, il est certain qu'elles devraient avoir leur exécution, et que le créancier serait en droit de refuser tout remboursement qui ne lui serait pas offert conformément à la clause. Mais les mêmes lois qui changent le titre des espèces ou créent un papier-monnaie portent ordinairement des dispositions expresses qui annullent toutes les clauses de ce genre. Pour calmer la crainte des prêteurs sur l'émission d'un papier monnaie ou sur le changement des espèces, il vaut mieux insérer dans l'acte, comme le font quelques Notaires, la condition que le débiteur ne pourra forcer le créancier à recevoir son remboursement avant un certain tems, qui ne peut toutefois excéder dix ans (art. 1911 du C. C.), ou sans avoir averti dans un délai déterminé. Si, en effet, le papier-monnaie ou les espèces nouvelles se décréditent déjà au moment des offres du remboursement, il est probable que les anciennes espèces auront seules conservé cours avant l'expiration du délai. Mais toutes ces précautions sont tellement connues, et leur but est si évident, que

le législateur qui émettrait de nouvelles valeurs ne manquerait probablement pas d'annuller aussi ces dernières clauses.

Cependant, si les clauses de paiement en numéraire métallique ne peuvent être d'aucune utilité pour éviter le paiement en papier-monnaie quand le terme d'échéance arrive pendant le cours de ce papier, cette clause peut avoir quelque bon effet relativement au mode de réduction que des lois postérieures ordonnent naturellement après la cessation du papier-monnaie sur les obligations souscrites pendant son règne. Ainsi il a été jugé qu'un prêt en assignats, fait sans intérêts, avec stipulation expresse, de la part du prêteur, qu'il serait remboursé en numéraire si l'assignat n'avait plus cours à l'échéance de l'obligation, était ultérieurement exigible sans réduction : « considérant que la loi du XI frimaire an VI n'ordonne la réduction que pour les obligations contractées sans condition expresse sur le mode de remboursement, que telle fut même l'intention des parties en souscrivant un engagement aléatoire, dont la chance pouvait aussi bien tourner contre le prêteur que contre l'emprunteur ». (*Cass.*, sect. civ., 1er. thermidor an X, cassant un jug. du trib. d'appel de Paris du 14 pluviose an IX.—*Idem*, sect. réunies, 15 floréal an XII, cassant un jug. du trib. d'appel d'Amiens. J. P. 2e. de l'an XII, pag. 497). En effet, si les assignats eussent encore existé, ils eussent pu avoir diminué de valeur; et, en supposant encore que leur valeur fût restée la même,

le prêteur se serait trouvé perdre, comme n'ayant reçu aucun intérêt de ses fonds.

2011. Sous notre ancien droit, le prêt à intérêts d'une somme remboursable à terme n'était permis qu'en matière de commerce, et non en matière civile. Cette prohibition était établie sur une mauvaise interprétation de quelques textes religieux, et sur la plus profonde ignorance des principes d'économie politique. Les textes religieux défendent l'usure. Par ce mot d'*usure*, il faut entendre la stipulation d'intérêts excessifs, c'est-à-dire, disproportionnés avec les avantages que l'emprunteur peut retirer des sommes qu'il reçoit et les dangers que le prêteur peut courir pour son remboursement: mais l'on croyait à tort devoir comprendre sous ce mot même les stipulations d'intérêts justes, c'est-à-dire proportionnés avec ces avantages et ces dangers. On se fondait sur ce que l'argent ne produit point de fruits. C'était prêter au texte religieux un sens absurde, étayé sur un raisonnement qui ne l'était pas moins. L'argent ne doit pas être considéré en lui-même, mais comme signe représentatif des valeurs qu'il peut procurer. Ces valeurs produisent évidemment des fruits ; l'argent en produit donc : il en eût produit entre les mains du prêteur : il en produira entre celles de l'emprunteur ; celui-ci en doit donc tenir compte au premier : et l'intérêt stipulé n'est autre chose que la représentation de ces fruits. La graine mise en terre en produit d'autres ; voilà, comme l'ont très-bien fait observer les économistes, le prin-

cipe et la justification du prêt à intérêts. D'ailleurs, prohiber la stipulation d'intérêts en matière civile, quand on la permettait en matière de commerce, n'était-ce pas rejeter d'un côté le principe que l'on admettait de l'autre? Car cette stipulation était admise dans le premier cas, parce que le négociant retirait des fruits de son argent, au moyen des marchandises qu'il achetait, pour les revendre à un prix supérieur : or, pourquoi était-elle prohibée en matière civile, puisque le prêteur retirait aussi des fruits de la chose qu'il se procurait avec l'argent emprunté ?

Représentatif des fruits que l'on se procure au moyen de l'argent, l'intérêt de cet argent doit être en proportion avec ces fruits : donné au prêteur pour la privation de son capital, il doit être aussi en proportion avec les dangers qu'il court pour le remboursement de ce capital : il sera juste ou non, selon que ces proportions seront respectées ou violées.

Ces principes de toute évidence, qui avaient présidé à la législation romaine, avaient été ensuite obscurcis chez nous par des argumentations religieuses, attaqués dans des décisions de conciles, et méconnus dans nos lois jusqu'au décret du 2 octobre 1789. Ils ont été rétablis par ce décret, qui a permis à tout particulier « de prêter à l'avenir à terme fixe, avec stipulation d'intérêts, suivant le taux déterminé par la loi ». Une autre loi du 5 thermidor an V, voulant « rendre au commerce son activité, et aux transactions entre citoyens une liberté, qui assure la prompte amé-

lioration de toutes les parties de l'économie politique », décréta (art 1er.) que chaque citoyen serait libre de contracter comme bon lui semblerait et que les obligations qu'il aurait souscrites seraient exécutées *dans les termes et valeurs stipulées;* et elle abrogea (art. 3) les dispositions des lois contraires. Cette loi fut interprétée diversement par les jurisconsultes. Les uns pensèrent qu'elle n'avait rien innové sur le taux des intérêts; d'autres, et la Cour de cassation (*voyez* l'arrêt du 5 octobre 1813 ci-après cité), décidèrent qu'elle avait rendu toutes les stipulations d'intérêt entièrement libres. Cette controverse a cessé avec la promulgation du Code civil, dont l'art. 1907 a permis à l'intérêt conventionnel « d'excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas ». Mais la loi du 3 septembre 1807, dérogeant à cette disposition du Code, a défendu à l'intérêt conventionnel d'excéder le taux de l'intérêt légal.

Nous ne traiterons pas ici la question de savoir quelle disposition est plus sage, de celle du Code ou de celle de la loi de septembre; si le législateur doit, ou non, fixer un taux à l'intérêt conventionnel, un prix à l'argent; si l'usure, qui doit toujours être entachée de mépris, doit aussi être prohibée par la loi. C'est une question sur laquelle les économistes ne sont point d'accord, mais qui devient indifférente pour les jurisconsultes, du moment que la loi a prononcé.

Quoi qu'il en soit, le taux de l'intérêt, qui, ainsi que nous l'avons dit, se règle sur la valeur

de l'argent, est essentiellement variable, comme cette valeur. Il ne devait donc point être fixé dans des Codes, que l'on regarde comme pouvant être long-tems à l'abri des changemens, mais dans des lois séparées, que l'on peut changer isolément selon les circonstances.

La loi qui régit aujourd'hui le taux de l'intérêt est celle du 3 septembre 1807 ; elle fixe l'intérêt légal à cinq pour cent en matière civile, et à six pour cent en matière de commerce, le tout sans retenue; et dit que l'intérêt conventionnel ne pourra excéder ce taux, sous peine de restitution, ou bien de réduction sur le principal de la créance (art. 1, 2 et 3 du C. C.).

Cette loi ne parle pas du cumul, dans l'obligation, du principal et des intérêts, ni de la stipulation de l'intérêt des intérêts, connue sous le nom *d'anatocisme*, c'est-à-dire redoublement d'intérêts.

La raison de ce silence est que le Code civil, introductif d'un droit nouveau à cet égard, comme l'exprime, dans les motifs, le rapporteur au Tribunat, y avait pourvu par l'art. 1154. Avant le Code civil, ou plutôt avant la loi du 5 thermidor an IV, et depuis même que le prêt à intérêt avait été permis par les lois de l'assemblée constituante, les intérêts ne pouvaient jamais produire d'intérêts, si ce n'est à titre de peine, dans le seul cas des comptes de tutelle rendus aux mineurs. Mais la loi du 5 thermidor, et l'article précité du Code civil, ont fait cesser cette jurisprudence.

La Cour de cassation (sect. civ., 5 octobre 1813, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 6 avril 1811. *Sirey,* tom. XV, 1re. part., pag. 76) a jugé que les obligations contractées sous l'empire des lois du 5 thermidor an IV et du 15 fructidor an V devaient être exécutées, à quelque taux et de quelque manière qu'aient été stipulés les intérêts : « Attendu qu'il résulte de ces lois que les parties avaient (alors) une liberté illimitée de faire toutes les stipulations, en matière d'intérêts, qu'elles jugeraient convenables ». Et quant au Code civil il n'est pas douteux que sous lui, d'après l'article 1154, les intérêts échus ne puissent produire des intérêts, soit par une demande judiciaire, soit par une convention spéciale, pourvu qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. On peut donc aujourd'hui, dans une obligation, réunir au capital des intérêts dus au moins pour une année, pour faire produire au tout des intérêts.

2012. L'art. 1907 du Code civil dit : « Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit » ; mais il ne prescrit point une forme spéciale sous laquelle cet intérêt doive être fixé ; il n'ordonne même pas de le stipuler sous la forme d'intérêt. Il s'ensuit que la stipulation d'intérêts peut être valablement fondue dans l'énonciation du capital, et les intérêts alors déguisés en capital. Ainsi jugé avant la loi du 3 septembre 1807, et sous l'empire du Code, qui ne mettait aucune borne à l'intérêt (*Cass.*, sect. des

req., 25 juillet 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen. J. P., 3e. de 1815. — *Sirey,* tom. XV, 1re. part., pag. 265. — *Denevers,* tom. XIII, 1re. part., pag. 166). Il faudrait décider de même sous l'empire de la loi du 3 septembre, qui n'a point modifié la disposition ci-dessus énoncée de l'art. 1907 du Code civil; mais comme cette loi a fixé le taux de l'intérêt conventionnel, il y aurait seulement lieu à calculer si ce taux est excédé.

2013. D'après le principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est point permis de faire directement, *quod directò non licet* etc., la défense des intérêts excessifs, prononcée par la loi du 3 septembre 1807, contre les intérêts stipulés en argent s'applique également aux prestations en nature. La Cour de Montpellier (14 juillet 1813, J. P., 2e. de 1814, pag. 67. — *Sirey,* tom. XIV, 2e. part., pag. 260) a décidé qu'une prestation en nature qui lui a paru excessive, serait changée en un intérêt de cinq pour cent. Il est bon de faire observer que le créancier ne s'opposait point à cette mutation demandée par le débiteur : car autrement, comme le droit de réduire les conventions des parties aux mesures légales n'entraîne pas celui d'en changer la nature, il nous semble que la Cour n'aurait point dû prononcer cette mutation, mais seulement ordonner la réduction de la prestation à une valeur de cinq pour cent d'après les mercuriales. *Voyez* aussi au chapitre suivant un arrêt qui prononce la

réduction d'une rente constituée en grains à un taux excessif.

2014. La disposition de la loi du 3 septembre 1807, qui ordonne la restitution ou l'imputation sur le capital, des intérêts qui excèdent le taux légal, n'est point en contradiction avec celle de l'art. 1906 du Code civil, qui porte : « L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital ». La règle énoncée dans l'article du Code est tirée de la loi 3, C. *de Usuris* (1); mais sous le droit romain elle n'était « applicable qu'en cas d'intérêts, qui, ne dérivant ni de la loi ni de la stipulation, n'étaient point prohibés, et non à celui où la loi les déclare usuraires » (*Cass.*, sect. civ., 31 mai 1813, cassant un jug. du trib. de Gaillac. J. P., 2e. de 1813, pag. 332. — *Sirey,* tom. XIII, 1re. part., pag. 215. — *Denevers,* tom. XI, 1re. part., pag. 227). C'est ce qui résulte clairement de la loi 18, C. *ibid*(2), d'après laquelle l'action en répétition d'intérêts usuraires était accordée au débiteur, lors même qu'il ne les avait payés qu'après le remboursement du capital (susdit arrêt) (3). Cet arrêt doit conserver

(1) Quamvis usuræ fænebris pecuniæ citra vinculum stipulationis peti non possint : tamen ex pacti conventione solutæ, neque ut indebitæ repetuntur, neque in sortem accepto ferendæ sunt.

(2) Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutæ non fuerint, ac propterea eam minuere non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datæ, exclusâ juris (veteris) varietate, repeti posse, perpensâ ratione firmatum est.

(3) Pothier s'exprime ainsi, nombre 113 de son *Traité de l'Usure* :

sa force sous l'empire du Code civil, puisque l'art. 1906 de ce Code n'est que la répétition de la loi romaine.

La distinction faite par les lois romaines, et appliquée par la Cour de cassation, est de toute justice. Car peu importe à la société que le débiteur paie des intérêts au taux légal, même quand ils ne seraient pas dus comme n'ayant pas été stipulés; le débiteur seul est lésé, et encore n'est-il présumé l'être que par l'effet de son consentement: il y a là seulement renonciation à une disposition de loi relative. Mais il importe beaucoup à la société de ne point souffrir le paiement d'intérêts excédant le taux légal, par ce que ce paiement est une dérogation à une loi établie pour le bien général, à une loi absolue et d'ordre public.

2015. De ce que l'art. 3 de la loi du 3 septembre dit qu'il y aura lieu à restitution des intérêts perçus au-delà du taux légal ou à l'imputation sur le capital, il ne s'ensuit pas que le débiteur puisse exiger, lors du remboursement du capital, que l'imputation de cet excédant ait lieu à compter de l'époque de chaque paiement. Cette imputa-

---

« Les intérêts et autres profits usuraires, que l'emprunteur a promis, n'étant pas dûs, non-seulement on ne peut lui en demander le paiement, mais lorsqu'il les a payés, le paiement qu'il en a fait s'impute sur le capital, et en diminue d'autant la dette. — Enfin, lorsque le principal a été payé en entier avec les intérêts, le prêteur qui a reçu les intérêts, outre le principal, est obligé de les restituer à l'emprunteur qui les lui a payés, à moins que l'emprunteur, de son bon gré, ne voulût bien faire remise de cette restitution au prêteur qui la lui aurait offerte ».

tion et cette restitution ne doivent être faites que du jour où la demande en est formée; autrement ce serait diminuer le capital productif d'intérêts, et, par conséquent, faire produire des intérêts à cet excédant, tandis que toute somme qui n'est pas le prix d'un objet produisant des fruits, n'est point, de sa nature, productive d'intérêts sans stipulation ou demande (Caen, 18 janvier 1816. J. P., 3e. de 1819, pag. 109).

2016. La loi du 3 septembre 1807, qui donne au débiteur le droit de faire réduire les intérêts excessifs, ne donne pas aux créanciers le droit d'exiger, pour cause de cette réduction, le remboursement du capital avant le terme stipulé (arrêt de la Cour de Montpellier du 14 juillet 1813, cité sous un autre point de vue, n°. 2017). Le créancier argumenterait en vain de l'art. 1172 du Code civil, suivant lequel « Toutes conditions d'une chose prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». Car si c'était cet article qui dût régir la question, il en résulterait la nullité de l'obligation même, et non pas seulement celle de la convention de terme. La question doit être jugée, non par l'article du Code qui décide en thèse générale, mais par la loi de septembre qui, décidant en thèse particulière, ne prononce que la nullité d'une des clauses de l'acte, celle qui contient stipulation d'intérêts excessifs.

2017. Lorsque, en empruntant une somme d'argent, on s'est obligé de la rembourser à une certaine époque, et d'en payer l'intérêt, jusqu'au

terme fixé pour le remboursement du principal, l'intérêt continue-t-il de courir, à défaut de remboursement, après l'expiration du terme convenu? M. Merlin avait soutenu l'affirmative de cette question dans un plaidoyer du 7 juin 1809, rapporté dans son *Recueil des Questions de Droit*, au mot *Inscription hypothécaire*, §. I; mais, dans son *Répertoire de Jurisprudence*, au mot *Intérêt*, §. III, n°. 12, en rappelant cette opinion qu'il avait émise, il cite un arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1811, qui a jugé le contraire, et n'y ajoute aucune observation, soit pour approuver, soit pour critiquer cet arrêt. Nous pensons que, le prêt ne produisant point d'intérêts par lui-même, l'intérêt ne peut courir tant qu'il n'y a point demande en justice, que du jour, et qu'aussi long-tems que les parties en sont convenues. Si donc l'emprunteur s'est obligé de payer l'intérêt de la somme prêtée jusqu'au jour *fixé* pour le remboursement du principal, et non jusqu'au jour du remboursement, l'intérêt cesse de courir après le jour fixé, faute de stipulation qui en prolonge le cours jusqu'au remboursement même; à moins toutefois que la commune intention des parties n'ait été de donner ce dernier sens à leur convention, et que cette commune intention ne résulte des autres termes ou circonstances de l'acte, ou de leurs aveux dans les débats : car les clauses d'un acte ne doivent pas s'interpréter judaïquement, mais selon le véritable sens que les parties paraissent avoir voulu y donner. Aussi M. Merlin, en soutenant son opinion, posait-il

en fait que cette convention avait été sous-entendue, quoique non littéralement exprimée.

2018. L'art. 1912 du Code civil dit que « le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années. On en a voulu conclure, 1°. que la clause qui le forcerait au remboursement pour un moindre retard serait illégale; 2°. que la stipulation qu'une somme prêtée à terme deviendra exigible, faute de paiement des intérêts, doit être assimilée à la clause résolutoire apposée à un contrat de rente, et est en conséquence illégale si elle a été stipulée pour un terme moindre de deux ans; 3°. et que même, dans ce dernier cas, la loi laisse au débiteur la faculté d'échapper à la peine en faisant des offres réelles. Toutes ces conséquences nous semblent autant d'erreurs. Nous nous occuperons de la première, au titre des *Constitutions de Rentes*. N'envisageant ici que les deux dernières, nous ferons observer qu'il n'y a aucune comparaison à faire entre le contrat de prêt à terme et celui de constitution de rente où le capital est aliéné; qu'ils ne doivent pas, dès-lors, être assujettis aux mêmes règles; que, en supposant qu'il soit de l'essence du contrat de constitution que le débiteur ne puisse être forcé au remboursement, on ne pourrait étendre ce principe au contrat de prêt d'une somme exigible à terme; que, dans celui-ci, la convention que l'emprunteur ne jouira qu'autant qu'il paiera exactement les intérêts, et qu'au cas contraire il sera forcé de rembourser

après un retard quelconque, est une clause pénale ordinaire et très-légitime (Paris, 24 janvier 1815, J. P., 3e. de 1815, pag. 530).

2019. Mais le créancier à terme peut requérir contre son débiteur la déchéance du terme, lorsqu'une partie quelconque des biens qui lui étaient hypothéqués a été aliénée, sans que la faculté de purger ces biens de l'hypothèque ait été interdite à l'acquéreur. C'est ce qui résulte inévitablement de l'art. 1188 du Code civil, qui dit que « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme... lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier »; de l'art. 1244, qui porte que « Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible »; de l'art. 2114, qui prononce l'indivisibilité de l'hypothèque; et ce qui résulte aussi indirectement de l'art 2184, qui accorde à l'acquéreur le droit de rembourser les dettes exigibles ou non exigibles. Et c'est aussi ce qu'a jugé la Cour de cassation : « Attendu que l'arrêt attaqué n'est aucunement fondé sur l'art. 2184 du Code civil, qui, au surplus, statuant uniquement sur les droits du créancier hypothécaire vis-à-vis de l'acquéreur des biens soumis à son hypothèque, ne présente aucune disposition relative aux droits de ce même créancier vis-à-vis du vendeur, son débiteur originaire et direct; qu'ainsi il ne peut y avoir dans l'arrêt aucune contravention à cet article : attendu que, en déclarant que l'aliénation d'une partie de l'immeuble hypothéqué diminuait, au préjudice du créancier,

le gage de son hypothèque, par la faculté qu'a l'acquéreur de purger son acquisition; que, d'un autre côté, ce cas arrivant, le créancier, obligé de recevoir, en indemnité de cette diminution, le prix de cette portion aliénée, serait, par cela même, exposé au morcellement de sa créance et à la nécessité d'en recevoir partiellement le prix, contre le vœu formel de la loi; et que, sous ce double rapport, il était juste que l'aliénation partielle de l'immeuble hypothequé donnât, au profit du créancier, ouverture au remboursement intégral de sa créance vis-à-vis de son débiteur direct; que l'arrêt attaqué, loin de contrevenir à aucune loi, s'est, au contraire, parfaitement conformé à l'esprit de la législation, soit ancienne, soit moderne, sur l'indivisibilité de l'hypothèque et ses effets connus sur l'exigibilité des créances et le mode de leur paiement; qu'il a constamment fait une juste application des principes qui dérivent, à cet égard, des art. 1188, 1912, 2114 et 2161 du Code civil» (*Cass.,* sect. civ., 9 janvier 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens du 9 juin 1808. J. P., 1er. de 1810, pag. 373. — *Sirey,* tom. X, 1re. part., pag. 139). *Voyez* ci-après, à la Section II, d'autres arrêts dans le même sens, relatifs aux rentes constituées.

2020. Dans l'état actuel de la législation, les particuliers, comme les caisses publiques, peuvent faire entrer dans les paiemens un quarantième de monnaie de billon, outre les appoints, mais sans qu'il leur soit permis d'y en faire entrer

pour une plus forte somme, contre le gré du créancier : « Vu les arrêts du Conseil des 1er. août 1738 et 22 août 1771 ; les arrêtés du Directoire exécutif, des 14 nivose an IV, et 18 vendémiaire an VI, et le décret impérial du 29 mai 1808 ; — Et attendu qu'il résulte des dispositions de ces arrêts, arrêtés et décret, qu'il ne peut entrer plus d'un quarantième de monnaie de billon dans les paiemens, outre les appoints ; que, si les arrêtés du directoire ne parlent que des versemens à faire dans les caisses publiques, et si le décret impérial du 29 mai 1808 n'a été rendu que pour les Etats de Parme, ils n'en confirment pas moins le principe général établi par les arrêts de 1738 et 1771 ; que c'est ainsi que lesdits arrêtés et décret ont été constamment entendus et exécutés dans tout l'empire, tant sous le rapport des caisses publiques que dans les paiemens entre particuliers ; que tout autre mode en effet serait incompatible avec l'uniformité si nécessaire à maintenir dans la valeur et dans la circulation des monnaies ; qu'il est résulté de là que les lettres patentes des 11 décembre 1774 et 21 janvier 1781, qui n'admettaient la monnaie de billon que pour les *appoints*, dans les paiemens, ont dû être considérées comme non avenues ; cette modification apportée aux arrêts du Conseil de 1738 et 1771 ayant été révoquée par les arrêtés et décret dont il s'agit, et par l'usage général qui s'est établi en conséquence » (*Cass.*, sect. civ., 28 mai 1810, cassant un jug. du trib. de Lorient, du 8 août 1809. J. P., 2e. de 1810, pag. 257).

2021. La novation, comme l'indique son nom, est le changement d'une obligation en une autre ; de telle sorte que la première soit éteinte et que la dernière seule subsiste (1). Elle peut avoir lieu, soit par le changement de la dette, soit par le changement du créancier, soit par le changement du débiteur (art. 1271 du C. C.). Ses principes sont, dans notre droit, les mêmes que dans le droit romain (2), avec cette différence que, dans le droit romain, elle ne s'opérait qu'autant que la volonté de la faire était expressément déclarée, qu'autant qu'il y avait à cet égard une stipulation, tandis que, dans le droit français, il suffit qu'elle résulte clairement de l'acte (art. 1272 du C. C.).

Pour que la novation ait lieu, il faut, avons-nous dit, qu'il y ait *changement* d'obligation, c'est-à-dire anéantissement d'une obligation et création d'une autre. Il ne suffirait donc pas, pour opérer la novation, qu'il y eût simple modification dans l'obligation ; augmentation ou diminution de la dette, mutation du terme (art. 2039 du C. C.), du mode ou du lieu du paiement, convention même que le débiteur paiera une autre chose à la place de celle qui est due, ou une somme plus ou moins forte (3) ; ou simple délégation

---

(1) Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio : hoc est, cum ex precedenti causâ ità nova constituatur ut prior perimatur. Novatio enim à novo nomen accepit et à novâ obligatione. L. 1, ff. *de Novat.*

(2) *De Novat.* et *de Leg.*, ff. et C.

(3) Pothier, *Traité des Obligations*, n°. 559.

d'un nouveau débiteur, parce que, à moins que le créancier ne décharge le débiteur originaire, la délégation doit être considérée seulement comme une nouvelle sûreté donnée au créancier.

Enfin, la novation étant un changement d'obligation, l'extinction de la première obligation entraîne, à moins de convention contraire, l'extinction de ses accessoires, tels que priviléges, hypothèques (art. 1278 du C. C.), solidarité, et cautionnement (art. 1281 du C. C.); car la condition des co-débiteurs ou des fidéjusseurs ne peut devenir autre sans leur participation.

2022. D'après ces principes, a été jugée opérer novation, et, par conséquent, main levée des hypothèques, l'acceptation pure et simple de billets sans réserve, qu'avait faite un créancier, par acte notarié (Paris, 7 décembre 1814. J. P., 1er. de 1815, pag. 347):

Mais non l'acceptation de nouveaux billets, en remplacement de ceux pour sûreté desquels avait été constituée une obligation notariée qu'on n'a pas annoncé anéantir, lors de la souscription des nouveaux billets; car il est au contraire à présumer que le créancier, qui a exigé un acte notarié pour sûreté des premiers billets, n'a point voulu recevoir, en remplacement, des billets privés de cette sûreté; et alors son silence doit laisser les choses dans le même état (Metz, 13 juillet 1820. J. P., 2e. de 1821, pag. 66):

Ni la prorogation du terme au débiteur originaire (Turin, 11 juin 1808. J. P., 2e. de 1809,

pag. 207. — Paris, 10 septembre 1815. J. P., 1er. de 1816, pag. 35); et ces arrêts se fondent, par argument, sur l'art. 2039 du Code civil, qui dit qu'une telle prorogatiou ne décharge point la caution:

Ni, par la même raison, celle qui serait accordée à un tiers délégué par le créancier originaire (*Cass.*, sect. des req., 17 janvier 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 1er. août 1801. J. P., 2e. de 1819, pag. 257. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 140);

Ni même le concours des trois circonstances, de simples acceptations par le créancier d'une créance déléguée, prorogation de terme accordée au débiteur, et retard de prendre inscription. Elles ne suffisent par conséquent pas pour décharger les cautions (Arrêt de Turin du 11 juin 1808, ci-dessus cité). Les deux premières circonstances se trouvent écartées par les art. 1275 et 2039. Quant à la troisième, l'art. 2037, sur lequel on l'appuie, ne parle que du cas où le créancier s'est mis, par son fait, hors d'état de subroger la caution, et a ainsi empiré sa condition, ce qui n'a pas lieu dans le simple retard de prendre lui-même inscription, parce que cette négligence est même commune au fidéjusseur qui aurait pu contraindre le créancier à s'inscrire en tems utile, et, en outre, aurait pu, pour la conservation de ses droits sur le patrimoine du débiteur, prendre lui-même inscription. Ainsi aucune de ces circonstances ne suffit pour libérer la caution.

2023. Quand l'art. 1281 du Code civil dit que, par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les co-débiteurs sont libérés, cet article prononce leur libération seulement vis-à-vis du créancier, et non vis-à-vis du co-débiteur solidaire, qui, ayant satisfait le créancier par la novation, conserve son recours contr'eux; car il ne s'est opéré aucune novation à leur égard (*Cass.*, sect. des req., 30 mars 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Lyon. J. P., 3e. de 1819, pag. 253).

2024. Chaque fois qu'il y a novation, l'obligation nouvelle, créée en remplacement de l'ancienne, est assujettie à un nouveau droit d'enregistrement.

Ainsi, bien que les effets de commerce ne soient point sujets à l'enregistrement (art. 70, §. III, n°. 15 de la loi du 22 frimaire an VII), leur montant deviendra passible du droit proportionnel d'un pour cent toutes les fois qu'on en fera la matière d'un acte notarié qui leur ajoutera des effets civils.

C'est ce qui a été jugé avec raison deux fois dans les espèces suivantes.

Première espèce. — Acte notarié, contenant reconnaissance du montant de billets à ordre, nouvelle stipulation d'intérêts et de termes de paiement, et affectation hypothécaire : «Vu le n° 6 du §. Ier. de l'art. 68, et le n° 3 du §. III de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an VII : — Attendu que cet acte ne peut être rangé dans la classe des actes qui ne contiennent que l'exécution, le complément ou la consommation d'actes antérieurs, et qui,

comme tels, ne sont soumis qu'au droit fixe d'un franc, et qu'il contient au contraire une nouvelle obligation (*Cass.*, sect. civ., 1er. février 1813, cassant un jug. du trib. de Mayence. J. P., 2e. de 1813, pag. 183).

Deuxième et troisième espèces. — Acte notarié ne contenant, avec la reconnaissance de lettres de change, qu'une simple affectation hypothécaire: « Considérant, dit le premier des arrêts ci-après cités, que cet acte, non seulement altère le caractère primitif de la lettre de change, en lui donnant les avantages des obligations civiles et en ajoutant une garantie immobilière à la simple garantie personnelle, mais encore contient une obligation nouvelle et distincte de la première » (*Cass.*, sect. civ., 17 prairial an XII, cassant un jug. du trib. de Bruxelles. J. P., 2e. de l'an XII, pag. 433.—*Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 171.—*Id.*, 22 décembre 1807, cassant un jug. du trib. de Bruxelles. J.P., 1er. de 1808, pag. 375.—*Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 376).

S'il était décidé autrement, on n'emploierait plus, dans les transactions ordinaires, pour éviter le droit proportionnel, que le mode des lettres de change ou des billets à ordre, suivis de déclarations d'hypothèque. Ce serait un moyen facile d'obtenir les avantages des actes publics et civils, et d'éluder la loi sans en supporter les charges.

Remarquons toutefois qu'il n'y a pas lieu de percevoir le droit proportionnel d'enregistrement sur le billet à ordre ou la lettre de change passée

en brevet devant notaire, parce qu'ils conservent leur qualité de simples effets négociables, sans hypothèque ni forme exécutoire, et que l'intervention du Notaire ne fait que donner l'authenticité à l'acte, sans y ajouter aucun nouvel effet civil.

2025. Nous avons dit, n.os 2021 et 2022, que la simple prorogation n'entraîne point novation. Il s'ensuit qu'il n'y a point lieu de percevoir un nouveau droit proportionnel d'enregistrement sur la stipulation qu'une somme exigible, dont la reconnaissance a déjà été soumise à ce droit, ne sera payée qu'à une certaine époque. C'est ce qui a été jugé dans une espèce où le paiement était reculé jusqu'au décès du débiteur : « Considérant que cette convention n'est qu'un véritable atermoiement (*Cass.*, sect. des req., 15 juin 1808, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Castellane. J. P., 2e. de 1808, pag. 305). On objectait que la loi du 22 frimaire an VII n'établit un droit fixe que pour l'attermoiement, et que l'attermoiement suppose faillite; mais comme les mêmes motifs s'appliquent à toute prorogation, il est évident que la loi ne prend pas le mot d'*attermoiement* dans le sens restrictif de l'indication de faillite, mais dans l'acception générale de terme ou délai accordé à tout débiteur.

SECTION II.

De la constitution de rente perpétuelle.

2026. *Le legs de meubles fait sous les lois nouvelles comprend même les rentes constituées sous l'ancien droit.*

2027. *Les arrérages des rentes doivent être réduits au taux légal, qu'elles soient constituées en argent ou en prestations en nature.*

2028. *Distinction entre les rentes portables et les rentes quérables.*

2029. *Le simple défaut de paiement pendant deux années des arrérages d'une rente portable, constituée sous le Code, donne ouverture à l'action en remboursement du capital, sans que le créancier ait besoin de faire aucune sommation :*

2030. *Il en est de même du défaut de paiement des arrérages, échus depuis ce Code, d'une rente constituée antérieurement sous des lois qui autorisaient le débiteur à purger la demeure :*

2031. *Pourvu, dans tous les cas, que le débi-rentier n'ait pas été mis, par le dol du crédi-rentier, dans l'impossibilité de s'acquitter.*

2032. *Mais le débiteur de la rente quérable ne peut être forcé au remboursement que faute d'avoir payé après avoir été constitué en demeure.*

2033. *L'art.* 1912, *qui détermine les cas où le débiteur d'une rente en perpétuel peut être contraint au rachat, s'applique aussi bien aux rentes constituées à titre gratuit qu'aux rentes constituées à prix d'argent.*

2034. *Des rentes constituées pour prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier.*

2035. *Une rente ne sera point considérée comme établie pour prix de vente d'un immeuble, si cet immeuble est aliéné moyennant un prix et la rente créée ensuite moyennant ce même prix.*

2036. *Le débiteur d'une rente créée pour la concession d'un*

immeuble ne peut être contraint au remboursement, par cela seul qu'il a laissé passer deux années sans servir les arrérages.

2037. *Une telle rente est soumise à l'inscription et susceptible d'être purgée par la transcription.*

2038. *Le débi-rentier peut être forcé au remboursement lorsqu'il a aliéné une partie quelconque des biens hypothéqués à la sureté de la rente, sans avoir interdit à l'acquéreur la faculté de purger ces biens de l'hypothèque :*

2039. *Ou si ces biens ont péri.*

2040. *Le vendeur d'un immeuble, moyennant une rente foncière, est fondé, au cas de faillite de l'acquéreur, à demander la résolution du contrat, et n'est pas réduit à se contenter du remboursement du capital.*

2041. *Le rentier donataire, qui aurait reçu de son débiteur, benévolement et à titre de forfait, le remboursement d'une rente constituée incessible, peut ensuite quereller de nullité ce remboursement.*

2026. Selon l'ancien droit commun de la France, et même en pays de droit écrit (1), les rentes constituées à prix d'argent étaient immeubles; cependant c'est avec raison, selon nous, que la Cour d'Agen (1er mars 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 143) a jugé que le legs de meubles fait sous les lois nouvelles comprend même les rentes constituées sous l'ancien droit : « Attendu qu'il est de principe que les effets des do-

(1) Rousseaud-de-Lacombe, vo. *Rente*, sect. IV, no. 1. *Secùs* dans les coutumes de Vitry, Troyes, Chauny, et quelques autres.—La nature des rentes, comme meubles ou comme immeubles, se réglait par la loi du domicile du créancier. Les rentes sur la ville de Paris, ou sur le trésor se réglaient par la coutume de Paris, qui déclarait immeubles les rentes constituées. Le domicile du tiers-acquéreur de la rente n'en changeait pas la nature à l'égard des créanciers du vendeur.

nations testamentaires se règlent par les lois en vigueur au tems du décès du testateur »; car les mots doivent être pris dans le sens qu'ils ont au moment où on les emploie, et la loi nouvelle comprend les rentes sous le mot de *meubles*. Mais, dans ces motifs, la Cour n'aborde pas franchement la question de savoir si les rentes constituées sous l'ancien droit, et immeubles, doivent être regardées comme meubles sous le nouveau. Nous pensons qu'il y a lieu de le décider toujours ainsi tant qu'il ne s'agit pas de droits acquis sur ces rentes; que dès-lors une vente de ces rentes sera une vente mobilière : et nous le pensons sans croire donner à la loi nouvelle un effet rétroactif; car, en classant les biens, elle ne les a toujours classés que pour l'avenir, et n'a dès-lors eu d'effet que pour les transmissions futures de ces biens. Relativement aux droits acquis sur ces rentes, *Voyez* ce que nous avons dit, tom. V, nos 1510 et 1511.

2027. Une rente qui excédera le taux légal sera toujours susceptible de réduction, en quelque valeur que ses arrérages soient stipulés payables. C'est ainsi que l'a jugé la Cour de cassation (arrêt du 31 mai 1813, déjà cité n°. 2014), à l'égard d'une rente constituée en grains. A la vérité, il s'agissait, dans l'espèce, d'une rente constituée sous l'ancien droit, qui avait à cet égard une disposition expresse (1), sur laquelle la Cour a basé

(1) L'édit du mois de novembre 1565, qui porte : « Ordonnons que toutes rentes constituées en bled, de quelque taux et à quelque prix que

son arrêt; mais nous ne doutons pas que, d'après le principe d'éternelle raison que l'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est point permis de faire directement, la décision ne doive être la même pour une rente constituée sous le nouveau droit. *Voyez*, au surplus, n°. 2013, un arrêt dans ce sens, relativement à un prêt à terme.

2028. L'art. 1912 du Code civil porte : « Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel, peut être contraint au rachat : 1°. s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années ».

L'obligation du débiteur de payer les arrérages n'est pas toujours de même nature.

Ou bien les arrérages sont stipulés payables au domicile du créancier, ou dans un lieu désigné au contrat, et doivent y être *portés* par le débiteur; ce qui a fait donner dans ce cas, à la rente, le nom de *portable* :

Ou bien aucune convention n'existe à l'égard du lieu du paiement; et alors ce paiement doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247 du C. C.), qui n'est point tenu d'aller porter les arrérages dans aucun lieu désigné, mais seulement de les payer au créancier quand il vient les demander, les *quérir* ; et alors la rente est dite *quérable*.

C'est à celui au profit duquel existe un avan-

---

ce soit, seront réduites à prix d'argent, à raison du denier douze, tant pour les arrérages qui peuvent être dus, que pour le paiement qui s'en fera à l'avenir ; sans que les créanciers puissent demander autre chose, sous peine du quadruple et d'être punis suivant la rigueur des ordonnances faites contre les usures et les usuriers ».

tage à en réclamer l'exécution ; sinon le débiteur peut avec raison regarder le manque de réclamation comme un effet de l'indulgence de son créancier, comme la concession tacite d'un délai. Les charges ne devant pas se présumer, et les actes devant toujours s'interpréter dans le sens le plus favorable au débiteur, il s'ensuit que de droit commun, faute de stipulation contraire dans l'acte, la rente n'est que quérable et non portable.

2029. Cette distinction des rentes en portables et en quérables est nécessaire pour la solution de la question, qui s'est souvent élevée sur l'article 1912, de savoir si le simple défaut de paiement des arrérages pendant deux années donne ouverture à l'action en remboursement du capital de la rente, sans que le créancier ait besoin de faire une sommation ou demande en justice, et sans que le débiteur puisse, par aucune offre postérieure à l'expiration de ce délai, se soustraire à l'action en remboursement. Ce que nous avons dit suffit pour faire voir que cette solution devra être différente selon que la rente sera portable ou quérable.

Elle devra être affirmative pour la rente portable : car le débiteur est mis en demeure de payer les arrérages par cela seul qu'il ne les a pas portés, le jour de l'échéance, au lieu fixé par le contrat (*Cass.*, sect. civ., 8 avril 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bourges du 14 février 1816. J. P., 3e. de 1818, pag. 27. — *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part. pag. 238. — *Denevers*, tom. XVI, 1re. part., pag. 298. — *Id.*, 10 novembre

1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens du 9 juin 1815. J. P., 1er. de 1819, pag. 102. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 13. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 21. — *Id.*, sect. des req., 10 novembre 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Orléans du 23 juillet 1817. J. P., 3e. de 1818, pag. 513. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 273. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 162. — *Id.*, sect. civ., 16 décembre 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rennes du 31 août 1814. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 174. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 23) : « Attendu, dit l'arrêt du 10 novembre 1818 de la section civile, qu'il est établi et qu'il a été jugé *en fait*, d'une part, que la rente dont il s'agit était portable au lieu désigné par l'acte constitutif; et de l'autre que, soit les dlles. L..., débitrices de cette rente, soit les sieurs P..., qui s'étaient chargés de l'acquitter pour elles, en avaient cessé pendant deux années le paiement; attendu, *en droit*, que l'art. 1912 du Code civil veut, dans ce cas, que le créancier de la rente constituée puisse contraindre le débiteur à la racheter; que n'attachant d'autre condition à la concession de cette faculté, il s'ensuit que la seule échéance du terme de deux années, sans paiement de la rente qui est *portable*, investit le créancier du droit d'exiger le remboursement du capital, et que ce droit, une fois acquis, ne saurait lui être enlevé par un fait étranger, et des offres qu'il ne voudrait pas accepter; attendu que l'art. 1139 du Code civil ne fait que fixer le mode à suivre

pour constituer un débiteur en demeure, sans déterminer les cas dans lesquels la mise en demeure doit avoir lieu ; que l'art. 1656 ne dispose que pour les cas de vente d'immeubles ; que l'art. 1184 pose une règle générale pour les contrats synallagmatiques, étrangère aux constitutions de rentes, lesquelles ne sont pas comprises dans la classe de ces contrats (1); qu'enfin l'article 1912 forme une disposition spéciale pour les contrats de constitutions de rente en perpétuel ; que c'est d'après cette disposition seule que doivent être réglés les droits et les obligations des créanciers et des débiteurs de ces rentes, quand il est question de leur rachat ; et que cet article n'imposant pas l'obligation d'une mise en demeure portable, les tribunaux ne peuvent pas l'exiger ». Et les attendus des arrêts des 8 avril et 16 décembre 1818 sont tirés des mêmes motifs, et conçus presque dans les mêmes termes. Quant à celui de la section des requêtes du 10 novembre 1818, son dispositif est le même dans une espèce où il s'agissait d'une rente portable, mais à la vérité sans que la Cour se soit appuyée sur cette distinction, qui cependant aura probablement déterminé sa décision.

2030. La disposition de l'art. 1912 du Code civil s'applique également, pour le défaut de paiemens des arrérages échus depuis le Code, à la rente portable constituée antérieurement sous une loi qui autorisait le débiteur à purger la demeure.

---

(1) Voyez Pothier, *Constitution de rente*, n°. 2.

C'est ce que nous avons dit, tom. Ier., n°. 201, en traitant de la rétroactivité. Aux arrêts que nous avons cités en ce sens, audit n°. 201, il faut ajouter les arrêts suivans : *Cass.* sect. civ., 6 juillet 1812, cassant un arrêt de la Cour de Gènes du 6 juin 1810. J. P., 2e. de 1812, pag. 578.—*Id.*, sect. des req., 10 novembre 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Orléans du 23 juillet 1816. J. P., 3e. de 1818, pag. 513.— Bruxelles, 26 mars 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 568. « L'application actuelle de cette disposition aux contrats de rentes anciennement constituées n'a aucun effet rétroactif quand la demeure du débiteur, de remplir ses obligations, est postérieure à la promulgation du Code : il est toujours dans la puissance du législateur de régler pour l'avenir le mode d'exécution des contrats, et de substituer le mode qui convient au système général qu'il établit, à des modes particuliers, qui ne seraient pas en harmonie avec le système général (Attendus de l'arrêt du 6 juillet 1812). — « Le Code, dit un arrêt de la Cour de Riom du 4 août 1818, que nous aurons occasion de citer, en traitant la même question relativement à la rente viagère, n'est point censé rétroagir lorsqu'il s'agit de régir des faits qui se passent sous son empire, et auxquels il a jugé convenable d'attacher telle ou telle peine pour telle ou telle infraction. Celui qui après commet l'infraction prévue doit s'imputer le fait qui la consacre, et subir la peine y attachée ». En effet, s'il est de principe que, pour déterminer les droits dont les parties ont été investies

par le contrat, c'est la loi en vigueur à l'époque de ce contrat que l'on doit consulter, il est de principe non moins certain que toute infraction doit être punie de la peine prononcée par la loi existante à l'époque où l'infraction est commise. *Voyez* aussi ce que nous avons dit tom. I[er]., n°. 200, en traitant de la Rétroactivité en général,

2031. Faisons observer que l'action en remboursement n'étant admise, d'après l'art. 1912, que parce que le débiteur n'a point satisfait à son obligation, cette disposition ne sera point applicable au cas où il aura été mis dans l'impossibilité de l'acquitter par le dol ou la fraude du créancier; car il est de principe que le dol et la fraude font exception à toutes les règles. Ainsi jugé dans une espèce où le crédi rentier avait caché le lieu de sa demeure et trompé les héritiers du débi-rentier, en ne leur demandant qu'une reconnaissance de la rente, sans leur parler des arrérages échus; ce qui leur avait fait croire que les arrérages avaient été acquittés par leur auteur décédé depuis moins de deux années avant la reconnaissance qui leur était demandée (*Cass.*, sect. civ., 31 août 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour royale de Toulouse, du 2 avril 1816. J. P., 2[e]. de 1819, pag. 150).

2032. Quant à la rente *quérable*; le défaut de paiement ne suffit pas pour interpeller le débiteur, puisqu'on ne peut lui faire un reproche de n'avoir pas offert ce qu'on était obligé de venir lui demander, et qu'ainsi il n'a point *cessé de remplir ses obligations;* ce qui est exigé, par

l'art. 1912, pour donner lieu au remboursement. La rente ne devient alors exigible que lorsqu'il a été constitué en demeure, et n'a point satisfait à l'acte qui l'y constitue. Ainsi jugé par la Cour de Turin, dans une espèce dont les circonstances sont indiquées par les motifs de l'arrêt : « Attendu que la stipulation du contrat ne portant, par rapport au lieu du paiement, d'autre clause que celle *qu'il sera fait en cette ville*, où le vendeur et l'acheteur de la rente étaient également établis, le vendeur n'a ni perdu ni pu perdre le droit d'obliger l'acheteur créancier à se rendre chez lui pour recouvrer ses annuités ; que le crédi-rentier M..... n'ayant non plus entrepris de prouver d'avoir satisfait de sa part à ce devoir, l'on ne peut non plus envisager le débi-rentier N..... comme ayant été légalement constitué en demeure ; de sorte qu'il n'aurait pas même besoin de chercher à être admis à la purger » (Turin, 27 avril 1812. J. P., 3e. de 1813, pag. 570. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 354). *Voyez* aussi les motifs des arrêts cités no. 2029, et ceux des deux arrêts de la Cour de cassation ci-après énoncés.

Il existe, à la vérité, deux arrêts de la Cour d'Aix contraires à ce principe (28 avril 1813. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 279. — *Id.*, 19 novembre 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 250). Mais ils nous semblent erronés en ce qu'ils ne font point de distinction entre la rente portable et la rente quérable, et en ce que leurs motifs, qui sont ceux que nous avons donnés au numéro 2029, s'appliqueraient bien à la première, mais ne peuvent

s'appliquer à la seconde sans contrarier le principe que nous avons montré, au n°. 2028, résulter du rapprochement des art. 1247 et 1912 du Code civil.

L'arrêt du 19 novembre 1813 pose même en principe que « la loi ne fait aucune différence entre les rentes portables et les rentes quérables, et que c'est au débiteur, lorsqu'il craint d'être poursuivi par son créancier, et qu'il a intérêt de se tirer de demeure, à faire des offres réelles au domicile de ce créancier ». La loi n'avait pas à établir spécialement une distinction qui résulte en thèse générale de la disposition de l'art 1247 du Code civil, ainsi que nous l'avons dit n°. 2028; et, si c'est au créancier à demander les arrérages quand la rente est quérable, le débiteur, qui ne les a point portés, n'est pas en demeure.

Mais lorsque le débiteur n'a point satisfait à l'acte de mise en demeure, à la sommation qui lui a été faite, il ne peut plus être admis à purger la demeure par des offres réelles de tous les arrérages échus, et se soustraire ainsi au remboursement du capital (Caen, 18 novembre 1812. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 64. — *Cass.*, sect. civ., 12 juillet 1813, rej. le pourv, contre un arrêt de la Cour de Rouen du 25 juin 1812. J. P. 3e. de 1813, pag. 379. — *Idem*, 12 mai 1819, cassant un arrêt de la Cour de Douai du 4 janvier 1817. J. P., 3e. de 1819, pag. 453. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 274. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 313) : « Attendu dit ce dernier arrêt, que si, dans le cas où la

rente constituée est *quérable*, la cessation de son paiement, pendant deux ans, n'autorise pas, de plein droit, le créancier à en exiger le rachat, et, si le débiteur doit pour cela être constitué en demeure, il est certain aussi que, s'il ne satisfait pas à l'acte qui le met en demeure, il peut être contraint à ce rachat ».

Nous citerons encore, à l'appui de l'opinion que le seul défaut de paiement, pendant le laps de deux ans, donne ouverture à l'action en remboursement du capital de la rente, les arrêts suivans : Poitiers, 27 décembre 1809. J. P., 3e. de 1811, pag. 295.—Bruxelles, 26 mars 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 568. — *Cass.*, sect. civ., 4 novembre 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Dijon du 21 juillet 1809. J. P., 3e. de 1813, pag. 564. — *Idem*, 11 juin 1814, rej. le pourv. de la Cour de Toulouse du 26 juin 1813. *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 241 :—Et, dans le sens contraire, un arrêt de la Cour de Douai du 17 novembre 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 232. Mais les arrêtistes ne disent pas quelle était, dans les espèces, la nature des rentes, si elles étaient quérables ou portables ; de sorte qu'il nous est impossible d'apprécier ces arrêts, ni de savoir s'il existe ou non opposition entre le dernier et les précédens.

2033. Comme l'art. 1912, qui détermine les cas où le débiteur d'une rente constituée en perpétuel, peut être contraint au rachat, est conçu d'une manière générale et ne fait pas de distinc-

tion entre les rentes constituées à titre gratuit et celles qui le sont à prix d'argent ; comme aucune autre disposition du Code ne fait non plus cette distinction ; comme les contrats gratuits participent de la nature des autres contrats, qui, volontaires dans leur origine, sont obligatoires dans leurs suite, *ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis ;* il faut dire que cet art. 1912 s'applique aussi-bien aux rentes constituées à titre gratuit qu'aux rentes constituées à prix d'argent (*Cass.*, sect. civ., 12 juillet 1813, rej. le pourv contre un arrêt de la cour de Rouen, du 25 juin 1812. J. P., 3ᵉ. de 1813, pag. 379).

2034. Le Code civil traite, aux art. 1911, 1912 et 1913, de la rente constituée à prix d'argent. Dans l'art. 530, il avait parlé de la rente constituée pour prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fond immobilier. Cette dernière prenait autrefois le nom de rente *foncière* Elle avait, sous l'ancien droit, une nature particulière, participant plutôt d'une réserve sur l'immeuble que d'une rente proprement dite. Mais aujourd'hui elle n'est plus qu'une véritable rente, et, par conséquent, un bien meuble (art. 529 du Code civil), différant seulement de la rente constituée pour argent par le privilége attaché à tout prix de vente d'immeuble ; par la possibilité de la stipuler non remboursable pendant 30 ans (art. 530 du Code civ.), tandis que l'autre ne peut l'être que pendant 10 ans (art. 1911 du

C. C.) ; enfin par la non exigibilité du capital, faute de paiement de deux années d'arrérages, ainsi que nous le dirons n°. 2036.

2035. Une rente ne sera pas considérée comme établie pour prix de vente, bien qu'elle dérive originairement de la concession d'un immeuble, si l'immeuble est aliéné moyennant un prix, et la rente créée ensuite moyennant ce même prix. Car le contrat contient deux conventions bien distinctes : d'abord vente du fonds, moyennant une somme principale ; puis création de la rente moyennant l'aliénation de la somme principale. (*Cass.*, sect. des req., 12 janvier 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Grenoble, du 21 août 1812. — *Sirey*, tom. XIV, pag. 189. — *Denevers*, tom. XII, 1re. part, pag. 242).

2036. Le débiteur d'une rente créée pour la concession d'un immeuble, ne peut, comme celui d'une rente constituée, être contraint au rachat, par cela seul qu'il a laissé passer deux années sans servir les arrérages : « Considérant, a dit l'arrêt de la Cour de Caen, ci-après cité, que la faculté accordée, par l'art. 1912 du Code civil, au créancier d'une rente constituée en perpétuel, d'exiger le remboursement de son capital, à défaut de paiement des arrérages pendant deux années, est un droit nouveau, que l'on ne doit pas étendre à un autre cas que celui pour lequel il a été fait ; — Considérant que, d'après la combinaison de cet article avec les art. 1909 et 1910 du même Code, qui se trouvent sous la rubrique du contrat de *Prêt à Interêt*, il est évi-

dent que celui qui peut ainsi être contraint au rachat, est le débiteur d'une rente constituée en perpétuel à prix d'argent ; — Considérant que les règles particulières, tant à l'exécution qu'à l'inexécution d'un semblable contrat (la vente d'un immeuble moyennant une rente), ne sont pas celles déterminées par le tit. X du Code civil, relatif au *Contrat de Prêt*, mais bien celles établies au tit. VI, relatif au *Contrat de Vente;* que, dans ce dernier titre, on ne trouve aucune disposition semblable à celle contenue dans l'art. 1912». (Caen, 13 mars 1815. J. P., 1er. de 1818, pag. 23. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 287. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 111. — *Cass.*, sect. des req., 5 mars 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 4 mars 1815. J. P., 1er. de 1818, pag. 22. — *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 71. — Et attendus d'un arrêt de la sect. civ., du 19 mai 1819. J. P., 3e. de 1819, pag. 465).

2037. Les rentes créées pour la concession d'un immeuble, n'étant plus un droit de propriété ou de co-propriété du fonds, mais de simples créances hypothécaires, sont soumises à l'inscription et susceptibles d'être purgées par la transcription ; à la différence de l'ancien droit, sous lequel les rentes foncières n'étaient point purgées par les lettres de ratification (*Cass.*, sect. civ., 29 juin 1813, cassant un arrêt de la Cour d'Amiens, du 12 janvier 1811. J. P., 3e. de 1813, pag. 529. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 382. (*Voyez* ce que nous avons dit à ce sujet,

tom. IV, nº. 1145, et tom. V, nºs. 1622, 1676 et 1712.

2038. Nous avons dit, nº. 2019, que le créancier à terme peut requérir contre son débiteur la déchéance du terme, lorsqu'une partie quelconque des biens qui lui étaient hypothéqués a été aliénée, sans que la faculté de purger ces biens de l'hypothèque ait été interdite à l'acquéreur. C'est ce qu'il faut également décider en faveur du crédi-rentier, par les raisons que nous avons exposées à ce nº. 2019, et de plus à cause de l'art. 1912 du Code civil, qui dit que le débiteur d'une telle rente « peut être contraint au rachat..., s'il manque de fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat ». Et c'est aussi ce qui a été jugé par la Cour de Cassation (sect. civ., 4 mai 1812, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 10 juillet 1810. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 321), dans une espèce antérieure au Code civil, mais par des motifs qui montrent que la Cour eût jugé dans le même sens sous ce Code : « Vû la loi 19, ff. *de Pignor. et hypoth.*, ainsi conçue : *Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur;* et la loi 5, ff. *de Evict.*; — Et attendu que ces lois étaient généralement appliquées dans le sens adopté par le Code civil, qui veut, article 1244, que le créancier ne puisse être forcé de recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible; que les principes anciens, qui dérivaient des lois romaines, et ceux du nouveau Code sur l'*Indivi-*

sibilité du droit hypothécaire, ce qui entraîne celle du remboursement de la créance entière, s'opposent également à ce que le créancier soit dans le cas d'être forcé à recevoir partiellement sa créance; — Vû encore la loi du 11 brumaire, an VII, qui, après avoir réglé les formalités pour purger, porte, art. 32, que la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé par le contrat, et que l'acquéreur sera en conséquence libéré de toutes les charges et hypothèques, en payant le prix aux créanciers en ordre de recevoir; — Et, attendu qu'il résulte de cette disposition que l'aliénation de partie du gage du créancier l'expose tout de suite, au moyen de la faculté qu'a l'acquéreur de purger, à être contraint de recevoir le prix de l'acquisition, quoique inférieur à la dette du débiteur direct; — Que le créancier peut par conséquent être obligé à voir son remboursement morcelé, et qu'il est ainsi porté atteinte à la volonté exprimée dans l'obligation, dont la nature et les effets sont changés; — Que la Cour d'appel, en professant que les acquéreurs partiels, antérieurs à la publication du Code civil, et qui ont acheté et transcrit sous la loi de brumaire, an VII, ne peuvent contraindre les créanciers inscrits à recevoir le prix, parce que ces acquéreurs sont obligés de souffrir l'hypothèque, a méconnu les dispositions de l'art. 32 de cette loi, qui permet à l'acquéreur de purger et de se *libérer de toutes charges*, en payant son prix aux créanciers en ordre de recevoir; —

Qu'ainsi, sous ces divers rapports, la Cour d'appel a contrevenu aux dispositions des lois romaines, ci-dessus citées, et méconnu à cet égard, comme sur les effets de l'indivisibilité des hypothèques et de leur purgement, les principes consacrés, tant par la loi de brumaire, que par le Code civil ». Sans contester ces principes, pour le cas où l'acquéreur purge l'hypothèque, un arrêt de la Cour de Paris (11 février 1815. J. P., 2e. de 1815, pag. 217) les a déclarés inapplicables, dans le cas où l'acquéreur n'use point de ce droit : « Attendu que la vente d'une partie des biens hypothéqués, tant qu'elle n'est point suivie des formalités prescrites pour purger, ne diminue pas les sûretés du créancier, et n'altère en rien l'indivisibilité de l'hypothèque, qui continue à subsister en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles ». Et cet avis est partagé par M. Toullier (*Droit civil français*, tom. VI, pag. 667). Nous ne saurions toutefois l'adopter ; il est contraire à l'arrêt, sus-énoncé, de la Cour de cassation, dans l'espèce duquel l'acquéreur n'avait point encore rempli les formalités prescrites pour purger les hypothèques ; il est contraire aussi aux motifs de l'arrêt de la même Cour, du 9 janvier 1810, relaté n°. 2019, dans l'espèce duquel l'acquéreur avait, à la vérité, accompli ces formalités, mais dont les attendus montrent cependant que la Cour eût jugé dans le même sens si ces formalités n'eussent pas été remplies. En effet, pour que la position du créancier soit

changée par le fait du débiteur, pour que ses sûretés soient diminuées, il n'est pas nécessaire que l'acquéreur aît déclaré vouloir user de la faculté du remboursement ; il suffit qu'il ait cette faculté. Le créancier n'a plus alors, au lieu de droits certains, que des droits subordonnés à la volonté d'un tiers ; et il doit, dès ce moment, lui être loisible de rentrer dans ses fonds, sans qu'on puisse lui imposer l'obligation de rester en suspens sur son sort jusqu'au jour où il plaira à l'acquéreur de lui faire connaître sa volonté.

2039. Par les mêmes principes, le crédi-rentier aura également le droit d'exiger le remboursement du capital, si les immeubles affectés au service de la rente viennent à périr ; et le débiteur ne pourra se soustraire au remboursement par l'offre de nouvelles sûretés (*Cass.*, sect. civ., 17 mars 1818, cassant un arrêt de la Cour de Paris, du 22 août 1814. *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 260) ; car ces nouvelles sûretés ne sont pas les sûretés *promises par le contrat*, et dont le défaut, aux termes de l'art. 1912, donne lieu au remboursement ; et forcer le créancier à accepter de nouvelles sûretés, en remplacement des premières, ce serait le forcer à de nouvelles conventions.

2040. L'art. 1913 porte : « Le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur ». Mais le vendeur d'un immeuble moyennant une rente foncière est fondé, en cas de faillite de l'acquéreur, à demander la résolution

du contrat, et n'est pas réduit à se contenter du remboursement du capital de la rente. *Voyez* ce que nous avons dit et l'arrêt que nous avons cité à ce sujet au titre de la *Vente*, tom. V, nº. 1713.

2041. On doit faire une distinction relativement aux conditions d'incessible et d'insaisissable, attachées à une rente, selon que les fonds pour lesquels elle a été constituée ont été fournis par le rentier lui-même ou qu'ils proviennent de la libéralité d'un tiers.

Dans le premier cas, la condition d'incessible sera valable en ce sens que le rentier ne pourra céder sans le consentement du débiteur, en faveur duquel la clause paraît avoir été introduite ; mais la clause d'insaisissable ne pourra être d'aucun effet contre les créanciers, parce qu'il n'est point permis à un débiteur de soustraire pour l'avenir à l'action de ses créanciers des biens qui forment leur gage.

Dans le second cas, ces deux conditions insérées par le donateur, qui était libre d'imposer à sa libéralité telles conditions que bon lui semblait, pourvu qu'elles ne fussent point contraires aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ne peuvent être détruites, sans son consentement, ni par le fait du donataire et du débi-rentier, qui s'y sont soumis, ni par celui des créanciers, qui n'ont aucun droit de se plaindre si la rente n'est pas sujette à leur action, puisque rien ne leur a été soustrait, et que seulement le débiteur a été investi d'une propriété limitée.

D'après ces principes, le rentier donataire, qui aurait reçu, bénévolement et à titre de forfait, le remboursement d'une rente constituée sous ces conditions, pourrait ensuite le quereller de nullité (Paris, 19 novembre 1813. J. P., 2e. de 1814, pag. 306). Car ce remboursement est contraire aux conditions de l'acte, à l'intention du donateur, qui a voulu assurer au donataire une rente à l'abri des événemens, et non mettre à sa diposition un capital qu'il pût dépenser.

TITRE ONZIÈME.

Du dépôt et du séquestre.

Du dépôt en général et de ses diverses espèces. — Du dépôt proprement dit. — Du séquestre.

CHAPITRE PREMIER.

Du dépôt en général et de ses diverses espèces.

2042. *Caractères communs et différences des divers dépôts.*

2042. Le dépôt et le séquestre, qui forment la matière de ce titre sont réunis, par les jurisconsultes (1) et par le Code civil (art. 1916), sous la dénomination générique de *dépôt,* dont ils ne sont que deux espèces différentes.

Ils appartiennent au même genre en ce que la chose déposée ou séquestrée est remise à la garde de quelqu'un, à la charge de la rendre en nature (*Voyez* l'art. 1915 du C. C.). La garde jusqu'à la restitution est donc le but commun et le caractère essentiel de ces deux contrats.

Si à l'obligation de garder on joignait le droit de se servir de la chose, il n'y aurait plus contrat de dépôt, mais prêt à usage ou commodat; et, si une rétribution quelconque était stipulée pour cet usage, il n'y aurait plus ni dépôt ni commodat, mais véritable contrat de louage.

---

(1) Pothier, *Contrat de dépôt*, n°. 1. — Domat, *Lois civiles* liv. Ier., tit. VII, *Preambule.*

Le contrat de mandat peut cependant se mêler au dépôt et au séquestre, sans qu'ils perdent leur caractère principal. C'est ce qui a lieu dans le séquestre des immeubles quand on charge le gardien du soin de les gérer et d'en percevoir les fruits. Pareillement, le mandat peut, sans perdre son caractère principal, être mêlé de dépôt, comme le mandat pour recevoir des arrérages de rente ou des intérêts de capitaux dont on dépose les titres au mandataire. Au reste, on sent que ce sera le but principal de la convention qui lui donnera son caractère principal; et, quel que soit le caractère qui y domine, le dépositaire-mandataire, et le mandataire-dépositaire, auront cela de commun qu'ils ne seront réputés posséder la chose que pour le déposant, et ne pourront, en conséquence, en prescrire la propriété contre lui, mais seulement pour lui.

Le dépôt, proprement dit, et le séquestre, diffèrent entr'eux : 1°. en ce que le premier ne s'applique qu'à des choses mobilières (art. 1918 du C. C.), et que le second peut avoir pour objet des immeubles comme des effets mobiliers (art. 1959 du C. C.); 2°. en ce que le premier est fait par une ou plusieurs personnes à la charge que la chose leur sera rendue aussitôt qu'elles la réclameront (art. 1944 du C. C.), et que le second est fait à la charge que la chose sera rendue ou remise à qui par justice sera ordonné, ou après que le séquestre aura été levé; 3°. en ce que le dépôt est essentiellement gratuit (art. 1917 du C. C.), et que le séquestre peut ne pas l'être (art. 1957 du même Code).

CHAPITRE II.

Du dépôt proprement dit.

2043. *Un Notaire qui a diverti et soustrait des fonds provenant d'une vente qu'il était chargé de faire ne peut être poursuivi et puni comme dépositaire public.*

2044. *La régie ne peut demander l'ouverture d'un paquet déposé à un Notaire comme personne privée.*

2045. *Le Notaire dépositaire d'une somme dont la destination lui a été indiquée par les déposans comme ayant été réglée et arrêtée avec des tiers, qui cependant n'étaient pas intervenus au dépôt, ne peut la remettre au déposant sans leur concours ou leur assentiment.*

2046. *Une personne indiquée comme dépositaire est tenue, quand elle en est interpellée judiciairement, de déclarer si en effet elle a reçu le dépôt, et si elle est chargée de le remettre à un incapable ou à une personne prohibée.*

2047. *La clause que le dépositaire de sommes d'argent ne sera point tenu de rendre les mêmes et identiques pièces de monnaie qu'il a reçues, mais seulement une pareille somme, et qu'il ne sera tenu de la rendre qu'à un terme fixé, est essentiellement destructive d'un contrat de dépôt, et offre le caractère d'un prêt d'argent.*

2043. Toutes les fois qu'un officier public n'exerce pas les fonctions de son office, il agit comme personne privée ; il a donc deux qualités en lui ; et, parce qu'il a été investi du droit d'agir comme officier public, il n'est point dépouillé de celui d'agir comme homme privé, excepté dans les cas exprès que la loi a spécifiés. Le Notaire peut donc recevoir un dépôt comme personne privée, parce qu'aucun article de loi ne le lui interdit : et alors il ne doit point être considéré relativement à ce dépôt comme officier pu-

blic, mais comme personne privée; et il faut lui appliquer toutes les règles qui concernent les dépositaires privés.

Ainsi le Notaire qui a diverti et soustrait les fonds provenant d'une vente qu'il était chargé de faire ne peut être poursuivi et puni comme dépositaire public : « Considérant qu'on ne peut être dépositaire public qu'en vertu de la loi, et pour les objets qu'elle a désignés ; — Que, la loi n'ayant chargé les Notaires que du dépôt des minutes des actes qui sont passés devant eux en qualité de Notaires, et nullement du dépôt des deniers des particuliers ou des billets et lettres de change représentatifs de ces deniers, il s'ensuit qu'à l'égard de ces objets ils ne peuvent être considérés comme dépositaires publics, ni par conséquent être sujets aux peines établies par les différens articles du Code pénal relatifs aux crimes et délits commis par les dépositaires publics ; — qu'ils ne peuvent pas plus être réputés dépositaires publics dans le cas où ils auraient reçu le dépôt en vertu d'une clause contenue dans l'acte passé devant eux en qualité de Notaires que dans le cas ou ils auraient reçu le dépôt indépendamment de cette clause ; puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, ils ne sont dépositaires que par la seule volonté des parties, et nullement en vertu d'une délégation de la loi ; — qu'il suit de là que, en refusant d'appliquer au Notaire D... les dispositions du Code pénal relatives aux dépositaires publics, la chambre d'accusation de la Cour de Bordeaux s'est parfai-

tement conformée à la loi » (*Cass.*, sect. crim., 15 avril 1813. *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 24. — *Voyez* un autre arrêt rendu dans le même sens, et cité tom. Ier., no. 46, pag. 84).

2044. Ainsi encore le dépôt fait à un Notaire comme personne privée est à l'abri de tout examen de la part de la régie, qui ne peut demander l'ouverture du paquet, sous prétexte de percevoir les droits auxquels donnent ouverture les actes qu'elle allègue y être renfermés (*Cass.*, sect. des req., 4 août 1811, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Versailles du 4 juillet 1811. J. P., 1er. de 1814, pag. 49) : « Considérant, a dit la Cour de cassation, que l'art. 54 de la loi du 22 frimaire an VII porte bien que tous dépositaires chargés des archives et dépôts de *titres publics* sont obligés de les communiquer aux préposés de l'enregistrement; mais que cette disposition ne saurait être applicable à l'espèce, par le motif qu'il ne s'agit que d'un paquet cacheté, remis au Notaire P***, dont l'intérieur est inconnu, et qui porte pour suscription : « Ce paquet m'a été remis de confiance par MM. F*** et T***, pour n'être ouvert qu'en leur présence. Paris, 6 juin 1792 » ; d'où il résulte que P*** ne peut être considéré comme un Notaire public, mais seulement comme un dépositaire particulier, et purement confidentiel ; qu'ainsi le jugement attaqué a fait une juste application de la loi ». — « Considérant, ajoutait le tribunal de Versailles, que tout ici porte sur une équivoque, en ce qu'on applique à l'homme privé ce que la loi n'a appliqué

qu'à des actes publics, ou devenus tels par dépôts faits authentiquement; que ce que la régie n'aurait pas le droit d'exiger d'un particulier dépositaire d'un acte, elle ne le peut pas d'un Notaire lorsque l'acte lui a été confié comme personne privée; qu'accueillir les prétentions de la *régie* serait porter le trouble et l'inquisition dans les familles, violer la sainteté du secret, avec d'autant moins de motifs, que la perception du droit ne peut être que différée, puisqu'on ne pourra faire usage de l'acte qu'après que le droit d'enregistrement aura été acquitté, et qu'ainsi la régie est véritablement sans intérêt ».

2045. L'art. 1937 du Code civil porte: « Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir ». Il s'ensuit que le Notaire dépositaire d'une somme dont la destination lui a été indiquée par les déposans comme ayant été règlée et arrêtée avec des tiers, qui cependant n'étaient pas intervenus au dépôt ne peut la remettre au déposant sans leur concours ou leur assentiment. Ainsi jugé dans une espèce où l'acte de dépôt mentionnait la destination de la somme (*Cass.*, sect. des req., 26 août 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris, du 11 novembre 1812. J. P., 2e. de 1815, pag. 261. — *Sirey,* tom. XV, 1re. part., pag. 145. — *Denevers,* tom. XIII, 1re. part., pag. 75).

2046. Une personne indiquée comme dépositaire est tenue, quand elle en est interpellée

judiciairement, de déclarer si en effet elle a reçu le dépôt, et si elle est chargée de le remettre à un incapable ou à une personne prohibée : « Attendu que, s'il est dû fidélité au secret de la condition du dépôt, le dépositaire ne doit pas moins fidélité à la loi ; que ce serait une infidélité à la loi de s'être chargé d'un dépôt sous la condition de le restituer en fraude de ses dispositions ». (Riom, 23 janvier 1811. J. P., 1er. de 1813, pag. 153).

2047. L'art. 1915 définit ainsi le dépôt : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ». Cette définition est conforme à celle du droit romain : *depositum est quod custodiendum alicui datum est.* L. 1, ff. *Depos. vel Contr.* L'article 1927 parle aussi de la *garde* de la chose déposée. Enfin l'art. 1932 dit : « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. Ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait. soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur ». De toutes ces dispositions, il suit évidemment qu'il est de la nature du dépôt que le dépositaire ne puisse disposer de la chose, et que l'acte qui lui accorderait ce droit ne serait point un acte de dépôt, mais un acte de prêt. Dès-lors la clause que le dépositaire de sommes d'argent ne sera point tenu de rendre les mêmes et identiques pièces de monnaie qu'il a reçues, mais seulement une pareille somme, et

qu'il ne sera tenu de la rendre qu'à un terme fixé, est essentiellement destructive d'un contrat de dépôt, et offre le caractère d'un prêt d'argent. Ainsi un avis du Conseil d'Etat, du 1[er] avril 1808, a jugé qu'un billet ainsi conçu ne doit point être exempté du timbre proportionnel comme reconnaissance du dépôt, mais y est assujetti comme prêt; et la Cour de cassation que, dans le cas d'un tel acte, le retard ou le refus de payer, de la part du souscripteur du billet, ne peut constituer une violation de dépôt dans le sens de l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an VIII, quand même l'acte porterait le nom de dépôt : « Considérant que le caractère d'un contrat ne se détermine point par la qualification que lui donnent les parties, mais par les clauses que le contrat renferme » (*Cass.*, sect. crim., 26 avril 1810, cassant un arrêt de la Cour crim. du département du Calvados, du 30 décembre 1809. J. P., 3[e]. de 1811, pag. 473. — *Sirey*, tom. XI, 1[re]. part., pag. 65.—*Denevers*, tom. IX, 1[re]. part., pag. 145). Les clauses de ce genre ont pris naissance dans le tems du papier monnaie, où la loi défendait de stipuler en numéraire métallique les remboursemens des sommes prêtées : et la crainte de la dépréciation du papier monnaie à l'époque du remboursement fit alors imaginer de déguiser les prêts sous la forme de dépôts; et la loi du 25 frimaire an VIII considéra bien effectivement de tels actes comme des dépôts ; mais il fallait, pour qu'ils fussent regardés comme tels, qu'ils en offrissent les caractères, et que l'emprunteur se fût obligé à restituer les mêmes espèces.

CHAPITRE III.

Du séquestre.

2048. *Le séquestre d'un immeuble peut être ordonné malgré l'authencité et la force exécutoire d'un titre de propriété.*

2048. L'art. 1961 du Code civil porte : « La justice peut ordonner le séquestre .... 2°. d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ». L'authenticité et la force exécutoire, qui appartiennent aux contrats passés devant Notaire, sont-elles un obstacle à ce que cette disposition soit appliquée à un immeuble vendu par un contrat notarié, que des légitimaires attaquent comme n'étant qu'une donation déguisée faite par leur auteur et portant atteinte à leur réserve légale? Les légitimaires peuvent-ils, sans s'inscrire en faux contre l'acte, demander le séquestre provisoire de l'immeuble? Nous avons établi, tom. Ier., no. 154, que les tiers intéressés, par exemple les légitimaires, peuvent, sans recourir à l'inscription de faux, être admis à prouver la simulation frauduleuse d'un acte authentique qui blesse leurs intérêts ; et nous avons cité un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juin 1816, qui l'a ainsi jugé. Il est clair que, sitôt que les légitimaires sont admis à faire cette preuve contre un contrat authentique de vente d'immeuble, la propriété de l'immeuble devient, par cela seul, litigieuse entr'eux et l'acquéreur. Et, comme l'art. 1961 ne distingue pas entre la forme au-

thentique et la forme privée du titre d'où dérive la propriété, comme il n'excepte pas plus du séquestre la propriété ou la possession établie par la première que celle établie par la seconde, on ne peut mettre en doute que le juge n'ait le pouvoir d'ordonner le séquestre de l'immeuble malgré l'authenticité et la force exécutoire du titre (*Cass.*, sect. des req., 10 mars 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Poitiers des 15 et 29 janvier 1813. J. P., 1er. de 1815, pag. 401. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 16).

TITRE DOUZIÈME.

Des Contrats aléatoires.

Contrat d'assurance. — Prêt à grosse aventure. — Jeu et pari.—Contrat de rente viagère.

2049. *Des diverses espèces de contrats aléatoires.*

2049. « Le contrat aléatoire, dit l'art. 1964 du Code civil, est une convention dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entr'elles, dépendent d'un événement incertain ».

On sent que le nombre des contrats et surtout des conventions aléatoires peut être fort considérable. L'art. 1964 du Code civil n'en cite que quatre; mais il les donne comme démonstratifs, et non comme limitatifs ; et s'il ne parle que de ceux-là, c'est que ceux-là seuls sont soumis à une assez grande quantité de règles spéciales pour former chacun une classe particulière de contrats.

« Tels sont, dit cet article, le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari, le contrat de rente viagère ».

« Les deux premiers sont régis par les lois maritimes » (même article). Mais c'est dans ce titre, où ils trouvent naturellement leurs places, que nous allons offrir sur ces deux contrats, comme sur les deux suivans, les arrêts qui peuvent intéresser le Notaire.

CHAPITRE PREMIER.

Du Contrat d'assurance.

2050. Le contrat d'assurance peut avoir lieu pour toutes les choses qui sont sujettes à des risques, et contre tous ces risques.

2051. Il n'est pas permis d'étendre les risques des assureurs au-delà de ce qui a été prévu et stipulé. Tout changement dans la marche d'un navire, ou toute autre circonstance qui tendrait à aggraver ces risques, doit donc opérer la décharge de l'assureur, et lui faire allouer la prime convenue. Les dispositions du Code de commerce présentent une multitude d'applications de ce principe incontestable.

Ainsi « la faculté de *faire échelle*, c'est-à-dire de stationner dans les différens ports qui sont sur la ligne à parcourir pour arriver au terme du voyage assuré, n'emporte point celle de rétrograder, lorsque le capitaine n'y est point autorisé par une disposition particulière de la police d'assurance » (Rouen, 18 janvier 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 490). Cet arrêt, rendu sous

l'empire de l'ordonnance de 1781, le serait, par les mêmes motifs, sous le Code de commerce.

2052. La prime d'assurance d'un navire, stipulée en tems de paix, pour le cas éventuel de guerre pendant la navigation du navire assuré, est due pour le fait seul de la déclaration de guerre pendant cette navigation, encore que le navire assuré soit arrivé à sa destination avant que la déclaration de guerre ait pu y parvenir (*Cass.*, sect. des req., 28 janvier 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 mars 1806. J. P., 1er. de 1807, pag. 513. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 132. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 132). On objecterait en vain que, d'après un principe reconnu du droit des gens, qui même avait été observé dans la guerre dont il s'agissait, les déclarations de guerre n'ont d'effet contre les vaisseaux qui étaient alors en mer qu'après un délai suffisant pour que la nouvelle de cette déclaration ait pu être envoyée du point d'où est parti le vaisseau à celui de sa destination. Ce principe, comme tous les autres principes du droit des gens, est souvent violé, ou du moins peut toujours l'être par les puissances belligérantes; et cette possibilité suffit pour que le principe ne garantisse pas le vaisseau des dangers de la guerre, et dès-lors pour qu'il y ait lieu à l'allocation de la prime stipulée pour le cas éventuel de guerre.

2053. L'art. 380 du Code de commerce dit: « En cas de déclaration frauduleuse, l'assuré est privé des effets de l'assurance; il est tenu de payer

les sommes empruntées, nonobstant la perte ou la prise du navire ». Mais cette disposition ne s'applique pas au cas de simple erreur; d'abord parce qu'elle est portée seulement pour le cas de fraude, et que les dispositions pénales ne sont pas susceptibles d'extensions ; ensuite parce que, dans le cas de fraude, il n'y a pas culpabilité de la part de l'assuré. L'erreur donnera seulement lieu à *ristorne*, c'est-à-dire à réduction (*Cass.*, 2 août 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bordeaux. —*Rép. de Jurisp.*, v°. *Police et Contrat d'assurance*, §. I, n°. 33).

CHAPITRE II.

Du Prêt à grosse aventure.

2054. *Pour qu'un acte de prêt à la grosse soit négociable par la voie de l'endossement, il suffit qu'il soit réellement à* ordre *sans qu'il soit nécessaire que ces mots s'y trouvent.*

2055. *Le débiteur ne peut opposer au porteur aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.*

2054. L'art. 313 du Code de commerce, porte: « Tout acte de prêt à la grosse peut être négocié par la voix de l'endossement, s'il est à ordre ». Mais les mots *à ordre* ne sont pas nécessaires pour rendre le contrat négociable par la voie de l'endossement ; il suffit que l'acte soit réellement à ordre, c'est-à-dire rédigé de manière à faire regarder l'engagement comme pris non seulement envers le créancier primitif, mais aussi envers tout autre porteur de l'acte. C'est une suite du principe, dont nous avons montré plusieurs fois

l'application, que, sous nos lois, il n'existe point de termes sacramentels. Ainsi jugé dans une espèce où l'acte était souscrit payable au prêteur ou *au porteur légitime* (*Cass.*, sect. des req., 27 février 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles du 13 décembre 1808. J. P., 2ᵉ. de 1810, pag. 113. — *Sirey*, tom. X, 1ʳᵉ. part., pag. 183. — *Denevers*, tom. VIII, 1ʳᵉ. part., pag. 98).

2055. « Dès-lors, la négociation de l'acte ayant les mêmes effets que celle des autres effets de commerce, le débiteur ne peut opposer au porteur aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant » (même arrêt).

CHAPITRE III.

Du jeu et du pari.

2056. *Principes des prohibitions contre le jeu et des exceptions à ces prohibitions.*

2057. *Le jeu de billard n'est point compris dans les exceptions portées en l'art.* 966 *du Code civil.*

2058. *Pour qu'un paiement de dette de jeu ne puisse être répété, il faut qu'il ait été réellement effectué ; il ne suffirait pas qu'il l'eût été en obligations, même avec énonciation d'une autre cause.*

2059. *Faut-il regarder comme valable entre les parties une vente qui porte quittance, mais dont le prix n'a pas été réellement payé et n'a été acquitté que par la remise d'une dette de jeu ?*

2056. Le danger du jeu a frappé tous les législateurs, et tous ont cherché à l'éloigner. Ils ont

eu recours à des dispositions pénales et à des dispositions civiles.

Nous n'avons point à nous occuper des premières. *Voyez*, à leur égard : sous la législation romaine, le titre *de Aleat.* ff. ; sous l'ancienne législation française, une multitude d'ordonnances depuis Charlemagne jusqu'à Louis XVI, et notamment la dernière, qui est du 1er. mars 1781 ; sous le droit intermédiaire, la loi du 22 juillet 1791 renouvelant cette ordonnance ; enfin, de nos jours, le Code pénal, art. 410 et suivans, qui sont à peu près la répétition de cette dernière loi.

Les dispositions civiles consistent dans le refus d'action pour le paiement de ce qui a été perdu au jeu.

« La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari » (Art. 1965 du C. C.)

« Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente. — Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive » (Art. 1966 du C. C.)

L'intention du législateur dans ces deux dispositions, dont le modèle se trouve dans la législation romaine est de toute évidence. Le goût du jeu inspire celui de l'oisiveté, éloigne de toute occupation utile et productive, entraîne le désordre, et conduit, en résultat, à la ruine et aux

vices : le législateur veut en détourner ; c'est l'objet de l'art. 1965, qui contient la règle générale. Mais il est des jeux qui développent le corps, rendent l'homme plus apte à une multitude de travaux dans l'ordre civil et aux fatigues de la guerre ; leur nature ne permet pas d'ailleurs de s'y livrer pendant un long tems de suite ; ils ne peuvent alors qu'être utiles à ceux qui s'y adonnent, et produire des résultats heureux pour la société : Le législateur doit les encourager, pourvu toutefois que les paris auxquels ils donneront lieu ne soient que suffisans pour y faire porter de l'intérêt, mais non assez élevés pour en faire un objet de spéculation et une occasion de pertes considérables ; tel est le but de l'art. 1966, qui n'est qu'une disposition exceptionnelle (1).

2057. D'après ces motifs, on doit décider que cette disposition de l'art. 1966 ne comprend point le jeu de billard, et qu'en conséquence aucune action ne doit être accordée pour les dettes contractées à ce jeu (Poitiers, 4 mai 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 318. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 318. — *Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 97). En vain dirait-on *qu'il tient à l'adresse et à*

---

(1) « Les jeux d'exercice, ceux qui ne sont pas fondés sur le pur hasard, et auxquels se mêlent des calculs et des combinaisons, ces jeux sont utiles, les uns à développer les forces physiques, les autres à exercer les forces intellectuelles.... Ils ne sont pas dangereux, parce que, ayant un attrait qui leur est propre, on n'a pas besoin de leur en créer un dans un prix excessif ; et, si on venait à l'y mettre, les tribunaux pourraient le retrancher, et traiter comme prohibés des jeux licites dans lesquels on se serait exposé, comme dans ceux de hasard, à des pertes ruineuses » (Rapport de M. Siméon au Tribunat).

l'exercice du corps ; qu'il nécessite des combinaisons de l'esprit sur les lois du mouvement et de l'élasticité ; cette condition ne suffit point pour le faire comprendre dans l'exception portée en l'art. 1966 du Code civil : il faudrait encore, d'après les termes de cet article, qu'il fût de *même nature* que les autres qui y sont énumérés, et c'est ce qui n'a point lieu. L'adresse et les combinaisons qu'il exige sont de pure inutilité, et l'exercice qu'il demande est extrêmement faible ; ce jeu n'est donc point de nature à produire aucuns des résultats que le législateur a eus en vue.

2058. L'art. 1967 porte : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ». Mais par ce mot de *payé*, l'article a évidemment entendu un paiement réellement effectué, et non des obligations souscrites, même avec énonciation d'une autre cause ; car une obligation peut être substituée à un paiement, mais n'est en réalité qu'une promesse de paiement, un paiement fictif. Autrement, si cet article accordait action pour des dettes de jeu ou de pari illicite, ainsi déguisées, et toujours réellement subsistantes, il aurait manqué le but de la loi, et serait en contradiction avec son propre texte, qui suppose la dette véritablement payée, et avec l'art. 1965 du Code civil, qui prohibe toute action pour de pareilles dettes de jeu (Arrêt d'Angers du 22 février 1809. J. P., 1er. de 1809, pag. 377.—*Cass.*, 29 décembre 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la

Cour d'Angers du 28 août 1813. J. P., 2e. de 1815, pag. 129. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 212).

Peu importerait que les billets ou autres obligations eussent été souscrits d'avance, pour être joués ensuite; il n'y aurait point lieu d'appliquer l'art. 1902 du Code civil, qui dit que l'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, au terme convenu : « Attendu que ledit art. 1902 ne contient qu'une règle de droit commun en matière de prêt, règle à laquelle ledit art. 1965 forme exception » (susdit arrêt de la Cour de cassation).

Remarquons toutefois que, dans le cas où les billets auraient été passés à un tiers, ils ne seraient pas annulés contre celui-ci, qui ne doit point souffrir de la simulation, mais que le cédant serait tenu de garantir de leur paiement le souscripteur (même arrêt).

2059. Faudrait-il également déclarer nulle entre les parties, une vente qui porterait quittance, mais dont le prix n'aurait pas été réellement payé, et ne serait acquitté que par la remise d'une dette de jeu? L'affirmative a été jugée dans une espèce antérieure au Code, sur le motif qu'il s'agissait d'une dette de jeu (Paris, 17 novembre 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 60). On pourrait croire, d'après l'énoncé de ce motif, que la Cour eût jugé de même sous le Code; nous ne le pensons cependant pas. Il faut remarquer que l'arrêt a été rendu sous la déclaration de 1781, dont l'art. 10 contenait une disposition

semblable à celle de l'art. 1965 du Code civil, et même plus précise pour l'espèce, mais dont aucun autre article n'offrait l'exception énoncée dans l'art. 1966. « Déclarons, disait cet art. 10, nuls et de nul effet, tous contrats, obligations, promesses, billets, ventes, cessions, transports, et tous autres actes, de quelque nature qu'ils puissent être, ayant pour cause une dette du jeu, soit qu'ils aient été faits par des majeurs ou des mineurs ». Mais, sous le Code civil, l'art. 1966 refuse au perdant le droit de « répéter ce qu'il a volontairement payé », et ne parle pas du genre de paiement : il n'exclut par conséquent pas le paiement en autres objets que l'argent, le paiement en meubles et en immeubles; et telle est la vente.

CHAPITRE IV.

Du Contrat de rente viagère.

Des conditions requises pour la validité du contrat. — Des effets du contrat entre les parties contractantes.

SECTION PREMIÈRE.

Des conditions requises pour la validité du contrat.

2060. *La femme commune en biens, mais autorisée, par contrat de mariage, à toucher partie de ses revenus, sur ses simples quittances, peut-elle, sans l'autorisation de son mari, employer ces revenus en constitutions viagères ?*

2061. *L'engagement de payer à un domestique une pension*

viagère pour services reçus peut-il avoir lieu par acte sous seing-privé et non fait double ?

2062. *Le contrat par lequel l'emprunteur s'oblige à payer un intérêt déterminé pendant la vie d'un premier individu, et, après la mort de cet individu, un intérêt inférieur, pendant la vie d'un second, doit-il être considéré comme établissant deux rentes viagères distinctes, ou une seule ?*

2063. *La stipulation de survivance, insérée dans un contrat viager au profit de tiers qui n'ont fourni aucuns fonds, est-elle révoquée de droit par la survenance d'enfans ?*

2064. *La disposition de l'art.* 1975 *s'applique aussi bien au cas où la rente est créée sur la tête du crédi-rentier qu'à celui où elle l'est sur la tête d'une tierce personne.*

2065. *S'applique-t-elle au cas où, la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, l'une d'elle est décédée dans les vingt jours du contrat ?*

2066. *Celui qui attaque le contrat de rente est-il tenu de prouver que la personne est effectivement morte de la maladie dont elle était atteinte ?*

2060. Le placement en rente viagère n'est pas, comme le placement en rente perpétuelle, un simple emploi de deniers qui, dans certains cas, puisse n'être considéré que comme un acte d'administration, tel qu'on considérait autrefois celui-ci lorsque, le prêt à terme ne pouvant pas être fait moyennant un intérêt, les tuteurs n'avaient pas d'autre moyen de placer les fonds de leurs pupilles qu'à constitutions de rente perpétuelle, ou en acquisitions d'immeubles, et tel qu'aujourd'hui encore on le considère quand on autorise les tuteurs à placer en rentes sur l'Etat. La rente viagère est un sacrifice du fonds après la mort de celui sur la tête duquel il est placé, pour

obtenir, pendant sa vie, un revenu plus considérable : elle est, dès-lors, plus qu'un simple emploi de deniers, et elle excède éminemment toutes les bornes de l'administration. C'est donc à tort, selon nous, que la Cour de Paris (7 mai 1816. J. P., 2e. de 1816, pag. 273) a jugé que la femme commune en biens, mais autorisée, par contrat de mariage, à toucher partie de ses revenus sur ses simples quittances, peut, sans l'autorisation du mari, employer ces revenus en constitution viagère : « Attendu que cette constitution n'est qu'un emploi de deniers qui n'excède pas les bornes de l'administration ».

2061. La même Cour (12 novembre 1811. J. P., 1er. de 1811, pag. 263) a jugé que l'engagement de payer à un domestique une pension viagère, pour services reçus, peut avoir lieu par acte sous seing-privé et non fait double, parce qu'il n'est point une donation. Nous pensons, au contraire, qu'il est une véritable donation rémunératoire, pour services non appréciables, ou dont le prix ne pouvait être exigé ; et que, comme tel, il est assujetti aux formalités et aux effets des donations (*Voyez* ce que nous avons dit tom. IV, n°. 1155 sur ce genre d'engagement).

2062. Le contrat par lequel l'emprunteur s'engage à payer un intérêt déterminé pendant la vie d'un individu, et, après la mort de celui-ci, un intérêt inférieur pendant la vie d'un second, ne diffère de la rente viagère ordinaire sur deux têtes qu'en ce que les arrérages sont réduits à la mort de la

première tête; mais cette circonstance ne fait pas qu'il y ait deux capitaux fournis, qu'il existe deux rentes avec capitaux séparés. Ce contrat doit être considéré, non comme établissant deux rentes viagères distinctes et séparées, chacune sur une seule tête, ainsi que l'avait jugé le tribunal d'appel d'Amiens (J. P., 1er. de l'an XI, pag. 417) (1); mais comme créant une seule rente viagère sur deux têtes, ainsi que l'a décidé avec raison la Cour de Paris (9 floréal an XI. J. P., 2e. de l'an XI, pag. 317).

2063. La Cour de Paris (24 ventose an XII, J. P., 2e. de l'an XII, pag. 183. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1181) a jugé qu'une stipulation de survivance, insérée dans un contrat viager au profit de tiers qui n'ont fourni aucuns fonds, n'est pas, comme les donations, révoquée de droit par survenance d'enfans. Nous ferons observer qu'il s'agissait d'une clause souscrite sous l'ancien droit; et voici les motifs de la Cour : « Attendu que les *survivances*, établies en conséquence des édits de 1783 et 1747, ont été mises, par les dispositions de ces édits, *hors des règles du droit commun;* que la tradition opérée au profit des survivanciers ne peut être sujette à *d'autres reserves* que celles stipulées aux contrats de cons-

---

(1) Cet arrêt, dont la date n'est point annoncée au Journal du Palais, a été soumis à la Cour suprême, qui a rejeté le pourvoi (sect. civ., 13 nivose an XI, *ibid.*); mais nous ne citons que l'arrêt de la Cour d'Amiens, et non celui de la Cour de Cassation, parce que ce dernier, fondé uniquement sur ce qu'il s'agissait d'une interprétation d'acte, ne s'est point occupé de la question de savoir si l'interprétation était juste ou non.

titutions desdites rentes ». Ces motifs même font voir que la Cour jugerait autrement pour une telle clause de survivance sous le nouveau droit; et ce serait avec raison. Car pas le moindre doute qu'une telle clause ne soit une donation, puisqu'elle n'était nécessitée par aucune obligation (1): or, sous le nouveau droit, l'art 960, qui prononce la révocation des donations pour survenance d'enfans, est conçu en termes généraux, qui n'admettent point d'exception; et l'art. 1973(2) du même Code, qui autorise ces clauses de survivance, leur reconnait tous les caractères d'une libéralité, et les affranchit seulement des *formes* requises pour les donations, mais non des conditions relatives au *fonds* (*Voyez* tom. IV, nº. 1155).

2064. La rente viagère est un contrat aléatoire (art. 1964 du Code civ.); et « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entr'elles, dépendent d'un événement incertain » (même art.) Si l'événement n'est pas incertain, mais seulement inconnu des parties, il n'y a plus de chances, plus de base de contrat aléatoire : et s'il n'est inconnu que de l'une des parties, il n'y a plus de réci-

(1) Mera liberalitas nullo jure cogente facta est donatio.

(2) « Elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne. — Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations; sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'art. 1970 » (art. 1973 du Cod. civ.).

procité, sans laquelle tout contrat commutatif n'a point d'effet. Aussi la loi a-t-elle dit : « Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet »(art. 1974 du Code civ.)». — Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours » (art. 1975 du Code civ.).

Les motifs de ces articles font voir qu'ils s'appliquent aussi-bien au cas où la rente est créée sur la tête du crédi-rentier qu'à celui où elle est créée sur celle d'une tierce personne; et le texte de la loi vient à l'appui de cette interprétation tirée de son esprit (Paris, 9 février 1807, J. P., 1[er]. de 1807, pag. 325.— *Sirey*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 1179.—Rouen, 25 janvier 1808, J.P., 3[e]. de 1808, pag. 75) : « Considérant, dit le premier de ces arrêts, que, dans un contrat de rente viagère, il faut une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée ; que cette personne est contractante ou tierce; que les art. 1974 et 1975 du Code civil disent d'une *personne*, sans énoncer si elle est contractante ou tierce; d'où il suit qu'ils les comprennent toutes, en ne faisant pas d'exception ; que l'art. 1974 comprend le contractant, puisqu'il peut être décédé au moment où il contracte par un fondé de pouvoir ; que l'art. 1975 comprend également le contractant, qui peut être décédé, dans les vingt jours de la date du contrat, d'une maladie qu'il ne regardait pas comme mortelle ; que les art. 1974 et 1975 présentent le même sens,

le même résultat, et ne diffèrent qu'en ce que le premier dispose en cas de mort actuelle, et le second, en cas de mort dans les vingt jours ». Cette interprétation devient encore plus évidente si l'on rapproche ces art. 1974 et 1975 de ceux qui les précèdent, des art. 1971 et 1973, qui prévoient le double cas où la rente est créée au profit de celui qui en fournit le prix ou au profit d'un tiers. Dès que les art. 1974 et 1975 parlent, sans la désigner, d'*une* personne sur la tête de laquelle la rente a été créée; ils refèrent, pour cette désignation, aux articles où elle a été faite; et, dans ces articles, cette désignation comprend aussi bien une personne contractante qu'une personne tierce. Envain dirait-on, pour établir une différence, que, si le crédi-rentier a créé la rente sur la tête d'un tiers attaqué de cette maladie mortelle, c'est qu'il n'a pas connu l'état de ce tiers, qu'il y a eu erreur de sa part; tandis que, en créant la rente sur sa propre tête, il a dû connaître son état à lui-même, et qu'on ne peut alléguer l'erreur : n'est-il pas connu en effet que les malades se font souvent illusion, au point que leur propre état est souvent à leurs yeux moins visible qu'à ceux d'un tiers ?

2065. La Cour de cassation (sect. civ., 22 février 1820, J.P., 2e. de 1820, pag. 81, cassant un arrêt de la Cour de Lyon, du 11 août 1818. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag 182) a jugé que la disposition de l'art. 1975 n'est pas applicable au cas où, la rente ayant été constituée sur la tête de *plusieurs* personnes, l'*une* d'elle est dé-

cédée dans les vingt jours de la date du contrat : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; que l'art. 1972 permet de constituer une rente sur plusieurs têtes, et ne contient aucune exception, ni aucune modification ; que l'art. 1975, qui forme une exception au droit commun, s'applique uniquement au cas où la rente n'a été créée que sur la tête d'une personne déjà atteinte, lors du contrat, de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date de ce contrat ; que cette exception, qui a été déterminée par le défaut de chance aléatoire, doit être maintenue dans les limites que le législateur lui a prescrites ». Nous n'adopterions pas cette opinion. Nous convenons bien que l'article 1975 du Code civil est une exception au droit commun, et qu'ainsi il doit être strictement restreint au cas que la loi a spécifié (1) : mais la question est de savoir quel est le cas qui a été spécifié par la loi. La Cour pense que c'est *le cas où la rente n'a été créée que sur la tête d'une personne*. D'abord l'article ne le dit pas ; il nous paraît même dire plutôt le contraire ; il dit seulement *créée sur la tête d'une personne atteinte d'une maladie*, etc., mais non pas *que d'une* ou *d'une seule personne*, etc. Or, bien que d'autres personnes soient jointes à

(1) Quod vero contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 14, ff. *de Leg., Senat. cons., et long. consuet.*

celle qui est atteinte de la maladie, la rente est toujours créée sur la tête d'*une* personne malade, quoiqu'elle le soit aussi sur d'autres têtes. Observons de plus que, en limitant, comme le fait la Cour, la disposition de l'article au cas d'une *seule* personne, il faudrait par suite décider, quant à l'art. 1975, que le contrat ne serait pas nul quand la rente aurait été créée sur la tête de *plusieurs* personnes toutes atteintes de maladies dont elles seraient mortes dans les vingt jours ; qu'il faudrait encore décider, par la même raison, quant à l'art. 1974, que le contrat n'est pas nul quand la rente a été créée sur la tête de plusieurs personnes mortes au jour du contrat ; et alors ces conséquences strictes de l'interprétation grammaticale donnée par la Cour dans son premier membre de phrase se trouveraient en opposaient avec la raison qu'elle donne, dans son second membre de phrase, que *l'exception a été déterminée par le défaut de chance aléatoire* : car il est bien évident que dans les espèces que nous posons pour ces articles, et surtout dans celle que nous posons pour l'art. 1974, il y aurait bien défaut de chance aléatoire, quoique la rente fût sur plusieurs têtes. Nous pensons que le motif de ces articles n'a pas été seulement le défaut de chance aléatoire, mais le défaut de chance telle qu'elle a été établie par la convention, l'erreur quant à la substance même de la chose, quant à l'état des personnes sur la tête desquelles est créée la rente; qu'ainsi, par la même raison qu'on annulle la rente créée sur la tête d'une personne quand

cette personne n'existait pas au jour du contrat, ou était atteinte d'une maladie dont elle meurt dans les vingt jours, il faut annuler la rente qu'on a voulu créer sur plusieurs têtes, quand une de ces têtes n'existait pas ou se trouve manquer dans le cas prévu par l'art. 1975, parce que le nombre des têtes a été une des causes déterminantesdu taux, et peut-être même de la création de la rente.

2066. La Cour de Paris (13 juillet 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 73. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 221) a jugé, sur l'art. 1975, que celui qui attaque le contrat de rente est seulement tenu de prouver que la personne morte dans les vingt jours était, à l'époque de la passation de l'acte, atteinte d'une maladie mortelle; mais qu'il n'est pas tenu de prouver qu'elle est effectivement morte de cette maladie, et que, en cas de contestation, c'est au débiteur de la rente à prouver que cette personne est décédée d'une autre maladie. Cette décision nous paraît d'abord contraire au texte de l'article qui dit : *atteinte de la maladie* DONT *elle est décédée* : il ne suffit donc pas de prouver l'existence d'une maladie, il faut prouver l'existence de la maladie DONT *elle est décédée*, ou, en d'autres termes, il faut prouver qu'elle est décédée de la maladie dont elle était alors atteinte. Cette décision est de plus contraire au principe général qui veut que la preuve d'un fait soit toujours à la charge de celui qui l'allègue; et ici le fait allégué n'est pas seulement l'existence de la maladie, mais son effet mortel. Nous

avouons que la preuve de la maladie entraîne la probabilité de son effet comme cause de la mort ; mais ce n'est qu'une probabilité, et non une certitude : et la loi n'a établi que, pour le cas de certitude, la disposition de l'art 1975, exceptionnelle du droit commun. La preuve de l'effet de la maladie ne sera pas plus difficile à fournir que celle de son existence; elle sera fournie de même par les médecins qui auront traité la personne, et quelquefois par l'autopsie du cadavre. Enfin, s'il restait des doutes sur l'effet de la maladie comme cause de la mort, la règle générale à appliquer est celle que les actes doivent plutôt être maintenus que détruits.

SECTION II.

Des effets du contrat entre les parties contractantes.

2067. *L'aliénation de partie de l'immeuble hypothéqué, ou de la totalité de l'immeuble par parties à divers acquéreurs, donne au crédi-rentier le droit d'exiger le capital et de réclamer les arrérages de la rente jusqu'au jour du jugement qui ordonne ce remboursement :*

2068. *Même si la rente a été constituée sous les anciennes lois.*

2069. *Il en est de même de la faillite du débiteur.*

2070. *La clause résolutoire pour défaut de paiement des arrérages est valable dans le contrat de rente viagère.*

2071. *Le pacte résolutoire qui est sous-entendu dans les contrats de rente ordinaire, ne se supplée pas dans les contrats de rente à fonds perdus.*

2072. *Pour qu'une pension soit regardée comme alimentaire, et dès-lors insaisissable, il n'est pas nécessaire que le nom d'*alimentaire *lui soit donné dans l'acte constitutif,*

si d'ailleurs des circonstances particulières et le sens de l'acte suffisent pour montrer l'intention de la constituer telle.

2073. *Malgré la délégation faite au rentier viager des loyers d'une maison, le propriétaire a pu transférer le domaine utile à un adjudicataire avec les loyers qui le représentent.*

2074. *Quand la résiliation du contrat est prononcée contre le débiteur de la rente viagère, il doit payer les arrérages échus, suivant le taux fixé par la convention, jusqu'au jour de la demande en résiliation du contrat : à compter de ce jour seulement, il est admis à ne payer les intérêts qu'au taux légal.*

2075. *Lorsque la donation d'une rente viagère a été annulée pour omission d'une formalité provenant du fait du Notaire, il n'y a point lieu à la restitution des arrérages reçus antérieurement par le donataire.*

2076. *Peut-on, en convertissant une rente viagère en son capital, et y ajoutant les arrérages dus, retenir et réserver les hypothèques affectées au service de la rente?*

2067. Quoique les art. 1977 et 1978 du Code civil apportent des entraves à la résiliation du contrat de rente viagère, l'art. 1977 décide cependant formellement que le créancier peut demander cette résiliation si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour l'exécution. Il en doit être de même si ces sûretés ont été ôtées ou diminuées. Lorsqu'un seul immeuble a été hypothéqué au service de la rente viagère, ce n'est pas diminuer les sûretés promises, que de vendre la totalité de l'immeuble à un seul acquéreur, puisque, ainsi que nous le dirons en traitant de l'ordre, l'acquéreur qui veut purger ne peut forcer le rentier viager à recevoir son remboursement; et la question cesse d'offrir aucune difficulté si le vendeur charge spécialement l'acquéreur du

service de la rente. Le créancier, dans le cas de vente de la totalité de l'immeuble à un seul acquéreur, conserve alors à la fois son action personnelle contre le vendeur et son action hypothécaire sur l'immeuble sans division. Mais si le débiteur vend seulement une partie de l'immeuble, ou s'il le vend en entier, mais par parties, à plusieurs acquéreurs, chaque acquéreur partiel ayant la faculté de purger et de faire réduire l'hypothèque de la rente au prix de son acquisition, s'il n'y a point de surenchères, le créancier peut être ainsi réduit à recevoir, par parties, de diverses personnes, les arrérages de sa rente, et, à défaut de paiement, être forcé de diviser son action hypothécaire. En ce cas, il y a pour lui une véritable diminution de sûretés, puisqu'il y a pour lui, non seulement risque de recevoir les arrérages de sa rente par parties, contre la teneur de son contrat, mais encore plus de frais à faire, plus d'actions à intenter, plus de surveillance à exercer pour la conservation de ses droits. Il peut donc, en vertu de l'art. 1977, demander le paiement du capital de la rente viagère. Et, comme le droit au paiement ne lui sera acquis que par la résiliation de son contrat ; comme l'effet de la résiliation ne sera lui-même obtenu que par le jugement qui la prononcera, il s'ensuit que, jusqu'au jour du jugement, les arrérages de la rente viagère n'auront pas cessé de courir au taux stipulé par le contrat de constitution (1), sans qu'ils puissent

---

(1) « La seconde observation, dit M. Merlin, consiste en ce que la rente ne doit plus courir que sur le pied du denier vingt, depuis le

être réputés usuraires sous le prétexte de la conversion de la rente en un capital exigible : car cette conversion n'a commencé que du jour du jugement, et jusque-là les choses ont dû demeurer entières ; c'est-à-dire que le débiteur, ayant eu, jusqu'au jugement, la chance de voir s'éteindre la rente, a dû en continuer les arrérages au taux qui était le prix de cette chance (Bruxelles, 25 août 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 52. — Riom, 4 août 1818, déjà cité tom. Ier., n°. 202).

2068. Il en sera de même lorsque la rente viagère aura été constituée sous les anciennes lois (susdits arrêts) : d'abord, comme le disent ces arrêts, parce que, à cet égard, les anciens principes étaient conformes à ceux du Code ; ensuite par les raisons que nous avons exposées n°. 2038 en traitant la même question, relativement à la rente perpétuelle.

2069. La Cour de Dijon (14 mars 1817. J. P., 2e. de 1817, pag 118.—*Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 372.—*Denevers*, tom. XV, 2e. part., pag. 91) a jugé que la faillite du débi-rentier donne droit au crédi-rentier d'exiger que les créanciers prennent l'engagement de servir la rente comme devait le faire celui-ci, ou que, sur leur refus, il soit

---

jugement qui a condamné le débiteur au remboursement du capital. En effet, les arrérages, en ce qu'ils excèdent ce taux, étant le prix du risque de gagner ou de perdre que courent les parties, l'acquéreur de la rente ne peut plus percevoir ce prix aussitôt que le risque n'a plus lieu : mais les arrérages qui ont couru jusqu'au moment de la résolution du contrat sont dus à l'acquéreur, suivant la convention, attendu que le risque n'a cessé que par cette résolution » (*Rép.*, v°. *Rente viagère*, n°. 4).

autorisé à rentrer dans son capital. C'est ce qui résulte de l'art. 1977 du Code civil, ainsi que nous l'avons expliqué n° 2067. Nous pensons même que la Cour eût également accordé au crédi-rentier, s'il l'eût demandé, le droit de rentrer dans son capital, sans laisser aux créanciers du failli le choix de servir la rente, parce que, même dans le cas où ils en prennent l'engagement, le crédi-rentier peut encore dire que cet engagement n'équivaut point à celui du débiteur originaire, sous la foi duquel il a contracté, et qu'ainsi ses sûretés se trouvent diminuées. *Voyez* ce que nous avons dit sur une question semblable, n°. 1827.

2070. Nous avons vu, n°. 2029, en traitant de la rente constituée en perpétuel, que le seul défaut de paiement des arrérages pendant deux années autorise le crédi-rentier à demander le remboursement du capital (art. 1912 du C. C.). Il n'en est pas de même de la rente viagère. L'art. 1978 du Code civil est ainsi conçu : « Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente (viagère) n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné; il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ».

On conçoit facilement la raison de cette différence entre ces deux rentes. Le créancier de la rente perpétuelle, bien qu'il ne puisse exiger le principal, a conservé sur ce principal un droit

qui ne peut cesser que par le remboursement qui en serait fait; tandis que le créancier de la rente viagère a entièrement aliéné ce capital, dont le remboursement n'est pas nécessaire pour l'extinction de la rente. En outre, le débiteur a souvent payé, pour ce capital, des arrérages plus forts que le débi-rentier perpétuel; et c'est un motif pour ne point le contraindre au remboursement du principal, faute de paiement des arrérages suivans.

Mais ces raisons, suffisantes pour décider que le défaut de paiement des arrérages ne pourra seul, et sans convention, donner lieu au remboursement, ne sont pas suffisantes pour prohiber la convention contraire. La disposition de l'art. 1978 du Code civil ne doit être regardée que comme statuant dans le cas où il n'aurait été rien convenu relativement au paiement des arrérages, et comme une exception à la disposition générale de l'art. 1184 du Code civil, qui porte que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le défaut d'exécution de la part de l'une des parties. Si l'art. 1978 doit être considéré comme n'admettant pas dans le contrat de rente viagère, relativement au défaut de paiement des arrérages, la clause résolutoire *sous-entendue*, qui est un bénéfice de la loi, il ne doit pas être considéré comme prohibant la clause résolutoire *exprimée*, qui appartient à la volonté de l'homme. On n'y voit nulle part qu'elle soit contraire à l'essence du contrat de rente viagère. Qu'importe qu'il y ait, comme le dit la Cour de

Paris, dans un arrêt qui sera cité plus bas, « aliénation du capital et expectative du bénéfice de l'extinction de la rente »? Malgré cette aliénation et cette expectative à la résiliation du contrat, ne la prononce-t il pas faute de sûretés convenues (art. 1977 du C. C.)? Or, pourquoi ne pourrait-on de même la stipuler faute de paiement des arrérages? Cette clause n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni aux lois d'ordre public, puisqu'elle ne fait qu'assurer au créancier l'équivalent de ce qu'il a donné, et imposer au débiteur l'exécution d'un devoir. La validité en doit donc être prononcée d'après l'article 1134 du Code civil; et l'art. 1978 ne s'y oppose point, puisqu'il parle du *seul* défaut de paiement, et qu'ici le crédi-rentier n'argumente pas de ce *seul* défaut; mais invoque de plus la convention avec laquelle concourt ce défaut. La résiliation, qui, d'après l'art. 1978 du Code civil, n'aurait pu être demandée par le seul défaut de paiement des arrérages, peut donc, d'après l'art. 1134, l'être par l'effet de la convention des parties (Bordeaux, 23 août 1814. J. P., 1er. de 1816, pag. 150. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 143. — *Denevers*, tom. XIII, 2e. part, pag. 80.—Rouen, 27 janvier 1815. J.P., 3e. de 1815, pag. 352.—*Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 140.—*Denevers*, tom. XIII, 2e. part., pag. 80. — *Cass.*, sect. civ., 26 mars 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 30 août 1814. J.P., 2e. de 1817. pag. 315—Bordeaux, 15 juillet 1816. J.P., 1er. de 1818, pag. 150. —*Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 74.—*Denevers*,

tom. XV, 2ᵉ. part., pag. 65). Nous ne connaissons qu'un arrêt contraire à cette jurisprudence : il est de la Cour de Paris (22 décembre 1812. J. P., 1ᵉʳ. de 1813, pag. 270.—*Sirey*, tom. XIII, 2ᵉ. part., pag. 142), et se fonde sur les motifs que nous avons combattus plus haut.

2071. Lorsque la rente viagère n'a point été constituée à prix d'argent, et qu'elle est le prix d'une vente d'immeuble qualifiée *vente à fonds perdu*, le contrat participe de la nature du contrat de vente et de celle du contrat de rente viagère. Alors il résulte de l'art. 1978 du Code civil que le pacte commissoire, qui est sous-entendu dans les contrats de ventes ordinaires, d'après l'art. 1654, ne se supplée pas dans le contrat de vente à fonds perdu (susdit arrêt de Rouen). Mais, par les raisons développpées au numéro précédent, il n'en résulte pas qu'il ne puisse être stipulé (susdits arrêts des Cours de Rouen, de Cassation et de Bordeaux).

2072. L'art. 581 du Code de procédure porte : « Seront insaisissables..... 4°. les sommes et pensions pour alimens, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables ». Mais il n'est pas nécessaire que l'intention d'assurer une pension alimentaire soit exprimée littéralement dans le titre constitutif, et la pension peut, sans cette énonciation, être déclarée insaisissable, si d'ailleurs les circonstances particulières au donataire ou légataire de la rente et au donateur ou testateur, ainsi que le sens implicite du testament suffisant pour motiver et rendre proba-

ble l'intention, de la part de ce dernier, d'assurer la subsistance de celui qui a reçu la libéralité : « Vu l'art. 581 du Code de procédure; Considérant que, la loi ayant purement et simplement déclaré insaisissables les sommes et pensions pour alimens, sans restreindre ce privilége aux seules sommes et pensions qui seraient spécifiquement et littéralement destinées, par le testateur, à servir d'alimens au légataire, ce serait ajouter à la loi une rigueur exorbitante de son esprit que de dire que le défaut de cette désignation expresse empêche d'envisager comme pension vraiment alimentaire celle qui d'ailleurs, soit par les circonstances du légataire, soit par l'intention du testateur, résulterait évidemment devoir tenir lieu d'alimens, et être seule, en fait, à y faire face » (Turin, 3 décembre 1808. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 82).

2073. Quand la résiliation du contrat est prononcée contre le débi-rentier, « les arrérages sont dûs sur le pied stipulé par le contrat. Ici il s'agit d'un contrat aléatoire sujet à des chances diverses; et, selon les principes anciens et modernes, en cas de résiliation du contrat de rente viagère, la rente est due sur le pied stipulé jusqu'au moment du jugement : ce n'est qu'ensuite que l'intérêt du capital n'est dû qu'au taux fixé par la loi » (arrêt de Bruxelles, cité n°. 2067). Le débiteur ne saurait en effet être admis à se plaindre de l'élévation des intérêts. Tant que le contrat a subsisté, ils n'étaient point excessifs, puisque l'incertitude de la vie humaine permet de fixer pour sa durée, à quelque taux que ce soit, les intérêts d'un capital alié-

né; et après sa résiliation, si le débiteur est obligé de restituer le capital qui avait été aliéné, et perd ainsi l'excédant d'intérêts payés comme prix de cette aliénation, cette perte n'a lieu que par sa faute.

2074. La délégation faite au rentier viager, pour le paiement des arrérages de sa rente, de la totalité des loyers d'une maison sur laquelle cette rente était hypothéquée ne peut le faire réputer usufruitier de cette maison ; par conséquent, le propriétaire de la maison en a conservé le domaine utile, et a pu le transférer à un adjudicataire avec les loyers qui le représentent, sauf au crédi-rentier à conserver son droit tout entier au service de la rente sur les intérêts du prix de l'adjudication, intérêts qui sont l'équivalent des loyers (Paris, 24 novembre 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 346).

2075. Lorsque la donation d'une rente viagère a été annulée pour omission d'une formalité provenant du fait du Notaire, il n'y a point lieu à la restitution des arrérages reçus antérieurement par le donataire : « Considérant que, l'erreur échappée à l'attention du Notaire (manque d'une signature sur plusieurs) ayant dû être plus difficilement aperçue par des personnes moins instruites, par conséquent par les parties contractantes, la bonne foi de celles-ci est également présumable ; que, les donataires ayant pendant quatre ans reçu la rente en question au vu et su, ou au moins sans réclamation de la donatrice, on doit penser qu'à l'époque de l'acte et jusqu'à la demande en

nullité, lesdits donataires ont été toujours de bonne foi;—Considérant enfin que le consentement, ou même le silence de la donatrice, sur l'exécution d'un acte, dont elle n'attaque que la forme, peuvent être regardés, relativement à chaque année de cours, comme des donations nouvelles, et qu'en principe les donations qui ont pour objet de l'argent ou des meubles ne sont assujetties à aucune forme; qu'il résulte de ces considérations que, aux termes des art. 549 et 550 du Code civil, les donataires sont dispensés de restituer les fruits perçus» (Douai, 7 mai 1819. J. P., 2e. de 1820, pag. 540).

2076. L'art. 1278 du Code civil dit: «Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent pas à celle qui lui est substituée, *à moins que le créancier ne les ait réservés*». La Cour de cassation (sect. civ., 15 mars 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1815. J. P., 3e. de 1815, pag. 13) a jugé que la permission de réserve accordée par cet article s'étend à la conversion d'une rente viagère en son capital, en y ajoutant les arrérages dûs.

Il n'est point dit, dans l'espèce, combien d'arrérages étaient dus; mais il est évident qu'il ne pouvait s'agir de joindre au capital que les arrérages qui, par l'art. 2151, sont conservés au même rang que le capital.

Il n'est pas dit non plus si la rente avait été convertie en son capital originaire, c'est-à-dire en celui pour lequel elle avait été constituée, ou bien en un capital déterminé d'après évaluation entre

parties. Quoique la Cour ait dit, dans ses *attendus*, en UN *capital exigible*, nous n'hésitons pas à croire qu'il ne s'agissait, et qu'elle n'a prétendu parler, que de la première conversion : autrement, ce serait laisser un arbitraire immense au débiteur, et cette opinion ne serait pas soutenable.

Mais, même en adoptant cette dernière interprétation, nous n'embrassons pas l'avis de la Cour, en ce sens qu'il pourrait nuire aux droits des créanciers colloqués postérieurement à l'inscription prise pour la rente viagère, mais antérieurement à l'inscription prise pour le capital dans lequel elle a été convertie. Ils ont compté, en prêtant au débiteur, que la mort du rentier viager leur ferait prendre sa place, pour recevoir, dans l'ordre de leurs hypothèques, le capital conservé pour le service de la rente ; et, par la translation de l'hypothèque à un capital exigible, ils se trouvent privés de la chance sur laquelle ils avaient compté. Voici les motifs de l'arrêt : « Attendu que, en convertissant la rente viagère en un capital exigible dans un délai déterminé, les parties n'ont fait qu'user d'une faculté qui ne leur était interdite par aucune loi ; que le transport des hypothèques attachées à la créance de la rente sur ledit capital exigible a également pu s'opérer au moyen des réserves expresses stipulées à cet effet, aux termes de l'art. 1278 du Code civil, dont la disposition a également pour objet de conserver le rang des hypothèques légalement transportées, et d'assurer son antériorité sur celles qui auraient été postérieurement inscrites ».

Mais c'est juger la raison par la raison. D'abord, un principe général interdit cet acte relativement aux créanciers ; c'est le principe qui dit qu'on ne peut nuire aux droits des tiers. Pour déroger à ce principe, il faudrait une exception expresse, et elle ne se trouve pas dans l'art. 1298 du Code civil, sainement entendu. Sans doute, comme l'a pensé la Cour, cet article s'occupe des hypothèques postérieures, et accorde sur elles la priorité à l'hypothèque transportée : mais, en examinant ses motifs, on verra aussi que s'il l'accorde, c'est uniquement parce que les créanciers postérieurs ne sont pas en droit de se plaindre quand on ne fait que maintenir une hypothèque qu'ils connaissaient avant de contracter ; car, leur sort n'étant pas changé, ils n'ont pas intérêt, et par conséquent pas droit pour se plaindre. Mais, si, au lieu de les faire primer par une hypothèque pour des arrérages momentanés, qui ne peuvent que retarder leur remboursement dans un ordre, ou pour un contrat aléatoire, dont les chances leur sont acquises, comme tiers intéressés, à raison de leur rang d'hypothèque, aussi bien qu'elles étaient acquises au débiteur, on les fait primer par une hypothèque pour un capital exigible, certain, exempt désormais de toutes chances, et qui peut les priver de leur remboursement, alors on ne maintient pas l'hypothèque qu'ils connaissaient avant de contracter; on lui en substitue une autre, leur sort est changé ; et ils ont intérêt et droit pour se plaindre. La convention est sans doute valable entre les parties; elle pourra aussi être opposée avec succès aux

créanciers chirographaires ou aux créanciers dont l'hypothèque serait postérieure à cette convention, parce qu'ils auront pu la connaître par la mention du changement d'exigibilité que le créancier aura dû requérir, en marge de l'ancienne inscription. Mais à l'égard des autres, la convention qui convertit un contrat aléatoire en un contrat à l'abri de toutes chances est *res inter alios acta;* et elle ne peut nuire à leurs droits acquis, résultant des chances possibles de l'ancien contrat. La lettre de l'art. 1278 du Code civil confirme cette interprétation; car il dit qu'on peut réserver *les privilèges et hypothèques* de l'ancienne créance : donc on ne peut les réserver que tels qu'ils existaient pour l'ancienne créance, c'est-à-dire pour le même montant. Nous tirerons encore un argument d'une autre disposition du Code civil. L'art. 1912 porte que « le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, 1°. s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années ». Si la même peine n'est pas prononcée contre le débiteur d'une rente viagère, c'est bien, d'un côté, dans l'intérêt du débiteur, qui a déjà payé des intérêts plus forts que les intérêts ordinaires : mais n'est-il pas permis de croire que c'est aussi, d'un autre côté, dans l'intérêt des créanciers hypothécaires postérieurement inscrits, dont le sort se trouverait ainsi entre les mains du débiteur? Au surplus, pour généraliser davantage notre décision, nous ajouterons que, en matière de conditions *casuelles*, c'est-à-

dire qui dépendent du hasard, et nullement de la volonté du créancier ni du débiteur, les parties peuvent bien entr'elles se faire remise des effets de la condition, et rendre leur contrat indépendant de son événement; mais qu'elles ne le peuvent au préjudice des tiers qui ont traité sur la foi de cette condition et dans l'espérance des chances qui en résulteraient; qu'on ne peut, sans leur consentement, aggraver leur sort par la suppression de cette condition.

TITRE TREIZIÈME.

Du Mandat.

2077. *Principes généraux.*

2078. *Le mandat donné par un conscrit mineur de plus de dix-huit ans, sans l'assistance de son tuteur, à l'effet de retirer le prix de son engagement, comme remplaçant, est-il valable ?*

2079. *Il suffit que le mandat, pour comparaître en justice devant un tribunal de police soit* spécial ; *il est inutile qu'il le soit pour avouer ou désavouer les faits du procès.*

2080. *Le mandat pour « faire tous baux à loyer, à tels prix, clauses et conditions que le mandataire jugera convenables », comprend-t-il celui de faire les baux pour un tems excédant neuf années ?*

2081. *L'obligation, causée pour* prêt, *souscrite par un mandataire ayant pouvoir de consentir* des obligations et billets relatifs au commerce du mandant, *est valable, s'il résulte de l'aveu des parties qu'elle ait pour cause réelle une solde de compte relatif au commerce.*

2082. *Le mandat pour gérer les affaires du constituant avec faculté illimitée d'emprunter, d'hypothéquer, et même d'aliéner, ne donne pas au mandataire le pouvoir d'hypothéquer les biens à ses créanciers personnels.*

2083. *Le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de proroger un compromis.*

2084. *La nullité résultante du défaut de pouvoirs dans la personne du mandataire pour consentir l'une des clauses de l'obligation s'étend-elle au surplus de l'acte ?*

2085. *Il n'est pas besoin que la ratification par le mandant fasse mention expresse des objets dans lesquels le mandataire a excédé ses pouvoirs, ni de l'intention formelle de réparer la nullité qui en résulte.*

2086. *Les nullités résultantes du défaut de mandat peuvent-elles, malgré les autres contractans, être couvertes par la ratification ou par l'exécution volontaire.*

2087. *Le mandat pour liquider une société n'est pas, de sa nature, révocatoire d'un mandat précédent à l'effet de vendre les immeubles de la société.*

2088. *La révocation ne peut être opposée aux tiers, quoiqu'ils en aient eu connaissance, si elle n'a pas été notifiée au mandataire.*

2089. *Si, après la révocation du mandat, le mandataire poursuit une opération, cette opération peut être laissée à ses risques et périls.*

2090. *Le mandataire salarié cesse-t-il d'avoir droit au salaire du jour où le mandat est révoqué, encore qu'il gère utilement les affaires ?*

2077. « Le mandat ou procuration, dit l'article 1984 du Code civil, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant, ou en son nom ».

Suivant le droit romain, le mandat pouvait être contracté ou pour l'utilité seule du mandant, ou pour celle d'un tiers, ou pour l'utilité commune, soit du mandant et du mandataire, soit du mandant et d'un tiers, soit du mandataire et d'un tiers (Inst., *in pr., de Mand.*). Il peut encore aujourd'hui être contracté dans l'un de ces cinq buts différens. C'est ce que la définition du Code a voulu exprimer par l'alternative contenue en ces expressions *pour le mandant ou en son nom.*

« Le contrat (de mandat) ne se forme que par l'acceptation du mandataire » (art. 1984 du C. C., 2e. alinéa). Mais cette acceptation peut n'être que

tacite, et ne résulter que de l'exécution qu'y donne le mandataire (art. 1985, 2e. aliéna); elle n'est même ordinairement que telle dans l'usage, les Notaires ne faisant jamais intervenir le mandataire, quoique présent sur les lieux, dans les procurations qu'ils reçoivent.

Le mandat, comme contrat de droit naturel, n'est assujetti à aucune forme, si ce n'est pour la preuve, suivant les règles générales prescrites pour les obligations conventionnelles. Ainsi il peut être donné, ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, ou par lettre missive, ou même verbalement (art. 1985 du C. C.).

Comme contrat, il est imparfaitement synallagmatique, en ce sens qu'il produit, de la part du mandataire, l'obligation principale et directe de rendre compte de l'exécution du mandat; mais que, de la part du mandant, il ne produit que l'obligation indirecte, secondaire, *ex post facto*, d'indemniser le mandataire de tout ce qu'il aura dépensé pour l'exécution du mandat.

Comme acte, il est le plus souvent unilatéral dans sa forme, parce que le mandant y paraît et y contracte seul; qu'il n'y prend d'engagement qu'autant que le mandat sera exécuté; et, que d'un autre côté, l'acceptation peut ne se manifester, et ne se manifeste ordinairement que par l'exécution. Il peut donc alors, quoique sous seing-privé, n'être pas fait double, et l'usage a admis qu'il pouvait même être donné avec le nom du mandataire en blanc. Cet usage est une conséquence naturelle de ce que le mandat peut être

donné verbalement, et de ce qu'il suffit aux tiers qui traitent avec le mandataire que le nom de celui-ci soit rempli lors du traité.

Le mandat peut être donné pour n'être exécuté qu'après un certain tems, ou sous condition (Inst., §. 12, *dict. tit.*). Les auteurs des Institutes n'ont pas ajouté qu'il pouvait n'être donné que pour un certain tems, parce-que, pouvant toujours être révoqué à volonté, la fixation conventionnelle de la durée du mandat était presque toujours inutile. Les lois 3 et 4, ff. *de Procur.* disent en outre *usque ad diem et in perpetuum :* Pothier (*Contrat de mandat,* n°. 35) en conclut, avec raison, qu'en droit le mandat vaut tant que le mandant vit et qu'il ne le révoque pas. Mais il faut admettre aujourd'hui, sous le Code civil, une exception pour le cas d'absence: le mandat n'a que pendant dix ans, depuis la disparition ou depuis les dernières nouvelles du mandant, l'effet d'empêcher les héritiers présomptifs de poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi provisoire (art. 121 du C. C.).

« Le mandat est gratuit de sa nature, s'il n'y a convention contraire » (art. 1986 du C. C.). Lorsque le mandant convient de donner un certain salaire au mandataire, les lois romaines veulent qu'il n'y ait point véritable mandat, mais contrat de louage (Inst., *de Mand.*, §. 13). Le mandataire paraît alors en effet avoir loué ses soins et son travail. Toutefois, nous pensons qu'il y a lieu de distinguer, comme nous l'avons fait pour le dépôt, quelle est la convention qui domine,

et de décider qu'il y a louage si les soins du mandataire sont de nature à pouvoir être appréciés, et si le salaire convenu paraît être leur juste prix; qu'il y a, au contraire, mandat si ces soins ne sont pas appréciables, ou si le salaire est au-dessous de leur valeur réelle. Et c'est sans doute dans l'esprit de cette distinction que les auteurs du Code n'ont pas, comme les lois romaines, admis le principe absolu que le mandat serait essentiellement gratuit.

2078. La Cour de Toulouse (14 mars 1818, J. P., 2e. de 1821, pag. 287) a jugé qu'un mandat donné par un conscrit mineur âgé de plus de dix-huit ans, sans l'assistance de son tuteur, à l'effet de retirer le prix de son engagement comme remplaçant, doit être regardé comme valable :« Attendu que, aux termes de l'art. 374 du Code civil, il suffisait que le sieur (le mineur) fût agé de plus de dix-huit ans, pour qu'il pût faire un pareil traité sans le concours et sans la permission de sa mère, qui était alors sa tutrice légale; et que, par la même raison, il avait aussi la capacité de stipuler le prix de l'engagement qu'il contractait, et de prendre les précautions nécessaires pour... souscrire une procuration en faveur de... à l'effet de recevoir ledit prix en justice, au cas d'inexactitude de la part du sieur (le remplacé); d'où il suit que ladite procuration est en soi parfaitement valable, vu l'objet pour lequel elle a eu lieu; — Attendu, d'ailleurs, que les moyens de nullité pris de la minorité sont personnels au mineur, devenu majeur, et qu'il

pourrait seul s'en prévaloir ; et qu'indépendamment que le sieur (le remplacé) est sans qualité pour les proposer, il serait encore non-recevable, puisqu'il a reconnu à plusieurs reprises ladite procuration comme valable, en faisant divers paiemens à (le mandataire), en faveur duquel elle fut consentie ; — Attendu que le ministère public lui-même, chargé de veiller aux intérêts des absens, ne pourrait, sans nuire aux intérêts du sieur (le mineur), demander la nullité de la susdite procuration, dont le résultat, s'il était admissible, serait un obstacle à l'exécution du traité du 19 avril 1811, dans la seule partie qui est avantageuse audit sieur (le mineur) ». Ces raisons sont loin de nous paraître convaincantes. D'abord, l'art. 374 du Code civil, cité par la Cour, ne prononce la capacité du mineur âgé de plus de dix-huit ans que pour les enrôlemens volontaires, et non pour les traités de remplacement : et sa disposition exceptionnelle du droit commun, n'est, pas plus que toute autre exception, susceptible d'extension à d'autres cas, surtout lorsque ceux-ci n'offrent point d'analogie avec celui sur lequel il est statué. Et c'est ce qui se rencontre ici ; car, ainsi que nous l'avons dit tom. III, n°. 860, pag. 272, si le mineur a été investi de la capacité d'enrôlement, c'est dans l'intérêt de l'Etat, qui demande le service militaire ; mais cet intérêt ne demande pas le remplacement. La disposition exceptionnelle doit donc cesser avec sa cause ; et le mineur, proclamé majeur quand il s'agit du service, reste

mineur quand il s'agit du remplacement. Supposant même qu'il eût la capacité de stipuler le prix de son remplacement, s'ensuivrait-il qu'il eût celle de donner procuration pour toucher ce prix? Ne pourrait-on pas dire, au contraire, que, une fois stipulé, le prix ou le droit à ce prix est tombé dans ses biens, doit être administré comme eux, et que le mineur ne peut pas plus en disposer seul, ni donner seul une procuration pour en disposer, qu'il ne pourrait le faire relativement à ses autres biens. La Cour nous paraît ensuite tomber dans une autre erreur, lorsqu'elle dit que la nullité, quand même elle existerait, ne pourrait être opposée que par le mineur, et non par le remplacé, parce qu'elle serait un moyen pris de la minorité, et que de tels moyens sont purement personnels au mineur. Ils sont personnels au mineur en ce sens que, quand une fois des tiers ont traité avec lui, ces tiers ne peuvent plus argumenter de cette minorité pour faire annuler un traité qu'ils ont passé bénévolement, malgré un inconvénient qu'ils connaissaient, et qu'ils ont consenti à négliger : mais quel motif alléguait-on pour les contraindre à faire un nouvel acte avec lui, tel qu'un paiement entre ses mains, contre lequel la loi réserve au mineur l'action en nullité? Et, si on ne peut les obliger à payer entre ses mains, comment peut-on les obliger à payer entre les mains de son mandataire, qui n'a pas pu recevoir du mineur une capacité que celui-ci n'avait pas lui-même? Le mandat pour recevoir n'est pas un acte passé avec les dé-

biteurs du mandant. Le traité de remplacement est sans doute obligatoire contre le remplacé, par cela seul qu'il a été fait; mais non pas la procuration, que nous avons montrée n'en pas être une suite nécessaire, et où dès-lors ce remplacé, qui ne pourrait opposer l'exception de minorité contre le traité de remplacement, pour ne point payer au tuteur du mineur, ou au mineur duement assisté, peut très-bien l'opposer contre la procuration donnée par le mineur sans assistance, et refuser, à moins de convention contraire dans l'acte de remplacement, de payer au mineur non duement assisté ou autorisé, ou à son fondé de pouvoirs. Enfin, nous ne voyons pas comment le ministère public nuirait à l'absent, en faisant prononcer la nullité de la procuration : il en résulterait seulement que le prix du contrat devrait être touché par le tuteur.

2079. Nous avons vu, tom. II, n°. 443, pag. 130, que le mandat et l'autorisation sont deux choses différentes; que le premier concerne les affaires du mandant, et l'autre les affaires de l'autorisé.

Nous avons montré, au même numéro, que l'autorisation spéciale exigée pour la femme par l'art. 223 du Code civil, relativement à tout ce qui excède les bornes de l'administration, est une autorisation, non pas seulement spéciale quant à l'espèce d'acte, mais spéciale quant à l'acte même. Et nous avons expliqué, n°. 446, que, au contraire, le mandat exprès, exigé par l'art. 1988 du Code civil, pour aliéner et hypo-

théquer, est seulement un mandat exprès quant à l'espèce d'acte, mais non pas exprès pour chaque acte en particulier. C'est ce qui résulte des principes généraux que nous avons établis audit n°. 446, et des termes de l'art. 1987, qui dit que le mandat « est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant ». Le mandat n'est donc *général* que lorsqu'il est pour toutes les affaires ; il est donc *spécial* quand il est pour certaines affaires ; le mandat pour une espèce d'acte n'est donc qu'un mandat spécial. Ce que nous avons dit dans ces numéros indique que les principes du mandat et de l'autorisation sont différens, comme leur objet, et qu'il faut éviter d'argumenter de l'un à l'autre : et nous avons fait voir, aux n°s. 447 et suivans, comment les pouvoirs donnés pour l'un ne servent point pour l'autre.

Enfin, nous avons eu occasion de développer, n°. 446, pag. 139 et 140, la différence qui existe entre une procuration *générale* et une procuration *en termes généraux*.

Nous allons maintenant nous occuper de l'étendue de diverses clauses de mandat.

Il suffit que le mandat pour comparaître en justice devant un tribunal de police soit spécial pour comparaître ; il est inutile qu'il soit spécial pour avouer ou désavouer les faits du procès. C'est ce que la Cour de cassation (sect. crim., 24 février 1809, rej. le pourv. contre un jugement du tribunal de police de Rochefort *Sirey*,

tom. X, 1re. part., pag., 192. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part.. pag. 117) a jugé sous l'empire du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an XI : « Attendu que l'art. 161 de ce Code n'exige qu'une procuration *spéciale* » : et c'est par conséquent ce qu'elle eût également jugé sous notre Code pénal, dont l'art. 152 est ainsi conçu ; « La personne citée comparaitra par elle-même ou par un fondé de procuration spéciale », c'est-à-dire évidemment spéciale à l'effet de comparaître. Comment d'ailleurs la loi eût-elle pu exiger que tous les faits fussent détaillés dans la procuration ? Ne sont-ils pas souvent trop nombreux, et trop détaillés pour se prêter à cette énumération ?

2080. La loi restreignant, dans certains cas, les baux qui excèdent neuf années, quand ils sont faits par des individus qui n'ont que le pouvoir d'administrer (art. 481 et 1429 du C. C.), on en a voulu conclure que ces baux n'étaient point des actes d'administration, mais des actes d'aliénation ; comme si la loi ne pouvait pas, en donnant des pouvoirs d'administration, les restreindre cependant dans certaines bornes : et de cette fausse conséquence on tirait cette autre qu'un bail excédant ce terme ne pouvait être passé par un mandataire qui avait pouvoir de faire *tous baux à loyers à tels prix, clauses et conditions qu'il jugerait convenables.* Mais cette interprétation a été rejetée avec raison par la Cour de Paris (27 novembre 1813. J. P., 3e. de 1814, pag. 195.—*Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 61),

dans une espèce où, en vertu de ce mandat, un bail de 15 ans avait été passé.

2081. L'obligation causée pour *prêt*, souscrite par un mandataire ayant pouvoir de consentir *obligations et billets relatifs au commerce du mandant*, est valable, s'il résulte de l'aveu des parties, qu'elle ait pour cause réelle une solde de compte relatif à ce commerce (*Cass.*, 8 juillet 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Angers. J. P., 3e. de 1807, pag. 380. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 371. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 371). Quant au fond, le mandat contenait évidemment pouvoir de constituer le mandataire débiteur pour son commerce, dès-lors d'arrêter les comptes et d'en reconnaître le montant : quant à la forme, peu importe, ainsi que nous l'avons montré, au titre du Prêt, n°. 2005, la cause portée dans l'acte, si l'on justifie d'une autre cause valable.

2082. Personne n'est présumé facilement renoncer à ses droits au profit d'un tiers : le mandat est donc toujours, jusqu'à preuve contraire, regardé comme donné dans l'intérêt du mandant, et non dans celui du mandataire ; et, en cas de doute, les clauses en doivent toujours être interprétées dans ce sens restrictif. Ainsi le mandat pour gérer les affaires du constituant avec faculté illimitée d'emprunter, d'hypothéquer et même d'aliéner, ne donne donc pas au mandataire le pouvoir d'hypothéquer les biens à ses créanciers personnels (Turin, 10 novembre 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 234. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 183).

2083. Le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre (art. 1989 du C. C.) : et, dès-lors, pas non plus celui de proroger un compromis (*Cass.*, sect. civ., 18 août 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 14 janvier 1817. J. P., 2e. de 1820, pag. 401. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 73); car proroger un compromis n'est autre chose que compromettre de nouveau.

2084. Les diverses clauses d'un acte, quoique distinctes, sont nécessairement présumées avoir été souscrites en considération les unes des autres, à moins que leur entière indépendance ne soit démontrée : elles se lient donc, pour ne former qu'un tout indivisible. Il s'ensuit que la nullité résultante du défaut de pouvoirs dans la personne du mandataire pour consentir l'une des clauses de l'obligation s'étend au surplus de l'acte, qui, après avoir été annulé dans la partie favorable à l'adversaire, ne peut lui être opposé dans la partie qui lui est contraire (art. 1184 du Code civ.) (Paris, 15 mars 1820. J. P., 2e. de 1820, pag. 292).

2085. La ratification est une véritable transaction, qui fait évanouir les vices préexistans; elle a donc, pour les contractans, un effet rétroactif au jour de l'acte (1), sans préjudice néanmoins des droits des tiers (2).

Dès-lors l'acte nul dans son principe, soit

---

(1) Si.... posteà dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipsum quod ratum habet voluisse eum retro recurrere (ratihabitionem) ad illud tempus quo convenit. L. 16, §. 1, ff. *de Pignor. et Hypoth.*

(2) Art. 1338 du Code civil.

par des vices de forme, soit par des irrégularités essentielles, peut être validé par une ratification postérieure ; car l'art. 1338 permet, sans distinguer, les ratifications de tous les vices.

Mais, toute aliénation de droits devant être expresse, on ne peut être regardé comme ayant renoncé à profiter d'une nullité qu'autant qu'on a montré l'avoir connue. Voilà pourquoi l'art. 1338 du Code civil a dit que « l'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ».

Si l'on examine les motifs de cet article, on verra que sa disposition s'applique seulement aux actes que l'on a souscrits soi-même, parce qu'alors, dépourvue des mentions qu'exige l'art. 1338, la ratification n'ajoute rien à l'obligation même. Mais il en est autrement de la ratification donnée par un commettant à l'acte qu'a fait son mandataire au-delà du mandat. Elle ne laisse point les choses dans le même état ; elle ajoute à l'acte : en ratifiant l'acte, le commettant se l'approprie, l'adopte, se met au même état que s'il l'avait souscrit lui-même, le fait sien (1); la ratification tient seule lieu de tous les pouvoirs, et équivaut au mandat, auquel elle peut être

(1) Fecit tuum negotium. L. 6, §. IX, ff. *de Neg. gest.*

comparée (1). C'est par ces raisons que l'art. 1998 n'exige pas, pour la ratification d'un acte fait par un mandataire au-delà de ses pouvoirs, les mêmes mentions que l'art. 1338 exige pour la ratification des actes qu'on a souscrits personnellement, et se contente même d'une raification tacite. Et la dérogation faite par l'art. 1998 à l'art. 1338 est d'autant plus évidente que l'art. 1998 est spécial au mandat, tandis que l'art. 1338 est un article conçu en termes généraux (2).

Ainsi, il n'est pas besoin qu'une telle ratification fasse mention expresse des objets dans lesquels le mandataire a excédé ses pouvoirs, ni de l'intention formelle de réparer la nullité qui en résulte (*Cass.*, sect. civ., 26 décembre 1815, cassant un arrêt de la Cour de Nîmes du 8 avril 1813. J. P., 2e. de 1816, pag. 100 — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 243).

2086. Les nullités résultantes du défaut de mandat peuvent-elles, malgré les autres contractans, être couvertes par la ratification, ou par l'exécution volontaire ?

Oui, selon nous, si cette ratification ou exécution a lieu avant que la nullité ait été opposée par les autres contractans, ou bien si l'acte était unilatéral, ne contenait d'obligation que de leur part : car leur demande en nullité ne pourrait être fondée que sur le défaut de lien de la part de celui qui

---

(1) Si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione. L. 60, ff. *de div. Reg.*

(2) In toto jure generi per speciem derogatur ; et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. L. 80, ff. *de div. Reg. jur.*

n'avait point donné de mandat ; et le défaut de lien a cessé du jour de la ratification ou de l'exécution. Telle était l'espèce d'un arrêt de la Cour de Toulouse qui, malgré l'opposition des autres parties, a déclaré valable une ratification de compromis (Toulouse, 8 mai 1820. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 305).

Mais il faut décider autrement si, l'acte étant synallagmatique, la nullité a été opposée avant la ratification ou l'exécution : car il est de l'essence du contrat synallagmatique qu'il forme entre les deux parties un lien qui les oblige également, et que l'une ne puisse pas rompre seule et suivant son caprice (Toulouse, 29 avril 1820. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 313).

2087. Le mandat pour liquider une société n'est pas, de sa nature, révocatoire d'un mandat précédent à l'effet de vendre les immeubles de la société ; car ils n'ont rien d'inconciliable (*Cass.*, sect. civ., 3 août 1819 cassant un arrêt de la Cour de Rennes. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 359).

2088. L'art. 2005 du Code civil porte : « La révocation signifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire ». Cette révocation ne peut non plus leur être opposée, quoiqu'ils en aient eu connaissance, si elle n'a point été signifiée au mandataire (Turin, 20 mai 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 671). Car, le mandataire restant toujours tel jusqu'à la notification, on doit regarder la révocation seule comme un simple pro-

jet, qui ne reçoit sa perfection que par cette notification.

2089. Si, après la notification de la révocation du mandat, le mandataire poursuit une opération, cette opération peut être laissée à ses risques et périls. Ainsi il a été jugé que le commissionnaire qui, ayant déjà affrété un navire pour expédier des marchandises, conformément à l'ordre de son commettant, reçoit contre-ordre doit suspendre l'expédition; et que, s'il l'a consomme, elle reste pour son compte (art. 1991 et 2005 du C. C.) (*Cass.*, sect. des req., 24 décembre 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Poitiers, du 27 août 1816. *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 225).

2090. Le mandataire salarié cesse-t-il d'avoir droit au salaire du jour où le mandat est révoqué, encore qu'il gère utilement les affaires? La Cour de Bruxelles (24 février 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 62. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 54) a jugé l'affirmative; mais en se fondant uniquement sur cette circonstance particulière « que les mandataires avaient payé un salaire, à compter de la révocation du mandat susénoncé, aux individus qu'ils avaient substitués à l'appelant, pour la gestion des houillères qui avaient fait l'objet dudit mandat, jusqu'à l'époque où l'appelant abandonna ladite administration; — Considérant qu'il est sensible que la vérification de ce fait, fait évanouir les motifs d'équité qui auraient pu réclamer un salaire en faveur de l'appelant, pour tout le tems de la durée de sa gestion postérieure

à la révocation du mandat sus-mentionné, puisqu'ils consistaient en ce que les intimés recueilleraient les fruits de sa gestion, en retenant le salaire qu'ils eussent payé à la personne qu'ils auraient été dans le cas de devoir employer pour cette même administration qu'il ne leur était pas possible de remplir eux-mêmes, son exécution exigeant des soins et un travail assidus, et embrassant une infinité de détails ». Il nous semble que la décision ne devrait pas être différente quand même le mandant n'aurait pas substitué un autre salarié; que le mandataire qui continue à gérer après sa révocation ne gère plus comme mandataire, mais comme tout gérant qui, d'après l'art. 1375 du Code civil, n'a droit qu'à des indemnités pour les engagemens personnels qu'il a pris et au remboursement des dépenses utiles et nécessaires, mais non à aucun salaire.

TITRE QUATORZIÈME.

Du Cautionnement.

cable à la caution solidaire ; et celle-ci ne peut opposer au créancier l'exception cedendarum actionum.

2102. *A plus forte raison, le co-débiteur solidaire ne peut-il opposer cette exception lorsque le créancier ne lui demande que sa portion virile dans la dette.*

2103. *La loi du 22 frimaire an VII, qui assujettit à un demi-droit proportionnel les cautionnemens des comptables envers l'état, s'applique aux cautionnemens immobiliers que les comptables fournissent eux-mêmes, comme aux cautionnemens de cette espèce fournis par des tiers.*

2091. « Le cautionnement est l'engagement envers le créancier de satisfaire à une obligation si le débiteur n'y satisfait pas » (art. 2011 du Code civ.).

Il se nommait en droit romain *fidejussio*, c'est-à-dire *promesse*. Il y tirait par conséquent son nom de son essence même : il a été dénommé en droit français, non d'après son essence, mais d'après son but qui est de procurer une sûreté, *cavere dùm curant (fidejussores) ut diligentiùs sibi cautum sit*. Inst. *de Fidej.*, *in pr.*; car les cautionnemens et les gages, ce dernier mot étant pris dans son acception large, sont autant de liens et d'appui des engagemens.*propter contractûs fidem ac restituendœ rei vinculum*. L. 9, *in fin.* ff. *de Supell. Leg.*

Partout où peut naître une obligation, peut s'ajouter un cautionnement ; mais « il ne peut exister que sur une obligation valable » (art. 2012 du Code civ.).

Pour qu'une obligation soit valable, il n'est pas nécessaire qu'elle soit fondée sur la loi; il suffit qu'elle n'y soit pas contraire ; et elle peut n'avoir

pour source et pour appui qu'un engagement moral, n'être que naturelle. Le cautionnement peut donc exister aussi sur une obligation naturelle ; *nec illud quidem interest utrùm civilis an naturalis sit obligatio cui adjicitur fidejussor*. Inst. *de Fidejuss.*, §. I.

Et même, comme le cautionnement a pour but d'ajouter de nouvelles sûretés à celles que donne le débiteur, il peut avoir lieu pour des obligations qui, valables en elles-mêmes, seraient seulement susceptibles d'être annulées par des exceptions purement personnelles à l'obligé (art. 2012 du Code civ.) : et la caution n'est point alors recevable à opposer ces exceptions (art. 2036).

Le cautionnement est accessoire de la dette : cet accessoire peut être moindre, mais ne peut être plus fort que le principal. Il peut donc n'être contracté que pour une partie de la dette ; mais il ne peut, à peine de réduction, excéder la dette, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (art. 2013 du Code civ. et *Inst. de Fidej.*, §. V).

2092. Il suffit, avons nous dit n°. 2091, pour la validité du cautionnement, qu'il repose sur une obligation valable (art. 2012 du Code civ.) : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation » (art. 1130 du Code civ.) : elles peuvent par conséquent être aussi l'objet d'un cautionnement. Telle était au surplus la disposition des lois romaines (1). D'après ces principes,

---

(1) Adhiberi autem fidejussor tam futuræ quàm præcedenti obligationi potest ; dummodò sit aliqua, vel naturalis, futura obligatio. L. 6, §. 11, ff. *de Fidej. et mand.*

a été jugé valable un cautionnement donné à un associé pour toutes les sommes qu'il pourrait devoir pour sa quote-part, par suite des affaires de la société présentes et à venir (Paris, 13 mars 1816. J. P., 3e. de 1816, pag. 111 — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 48. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 94).

2093. Nous avons vu, no. 2091, que l'on peut cautionner une obligation, encore qu'elle puisse être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé.

Telle est évidemment l'exception résultante du défaut d'autorisation de la femme pour une obligation, puisque, aux termes de l'art. 215 du Code civil, « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens » (Paris, 24 juillet 1819, cité tom. II, no. 457).

2094. Ou pour la vente d'un bien dotal (*Cass.*, sect. des req., 11 mars 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom du 11 janvier 1806. J. P. 2e. de 1807, pag. 65. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part, pag. 214. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 214). Cet arrêt, est à la vérité, rendu sous les anciennes lois, mais par des motifs qui lui conservent la même force sous les lois nouvelles: « Attendu, dit-il, qu'aucun article de la coutume n'annulle les obligations portant garantie de la vente des fonds dotaux, stipulées pour la sûreté des acquéreurs ».

2095. L'art. 2016 dispose que « le cautionne-

ment *indéfini* d'une obligation principale s'étend à tous les *accessoires* de la dette ». Pas le moindre doute que les intérêts d'un capital et les arrérages d'une rente ne soient accessoires du principal, et dès-lors ne soient compris dans un cautionnement indéfini; mais les termes de l'acte devront être bien pesés pour savoir si le cautionnement est indéfini. Lorsqu'on déclare se rendre caution de l'obligation, ou de la rente, ou du débiteur, cette caution embrasse ainsi les intérêts ou arrérages; mais il n'en doit pas être de même quand on déclare se rendre caution du montant numériquement fixé du principal, parce qu'alors il est probable qu'on n'a voulu se porter caution que jusqu'à concurrence de cette somme, et non jusqu'à concurrence des accessoires; et parceque, en outre, le cautionnement doit toujours être interprété dans un sens restreint, comme tout contrat de bienfaisance, d'après le principe que personne n'est facilement présumé vouloir se dépouiller. Ainsi l'a jugé la Cour de Bruxelles (24 mars 1810. J. P., 1er de 1815, pag. 520), pour une rente constituée au capital de 6,000 florins, et dont le cautionnement était conçu en ces termes; *pour assurance desquels* 6,000 *florins*, etc.: « Attendu, a t-elle dit, que l'étendue des cautionnemens doit se mesurer d'après les termes dans lesquels ils se trouvent exprimés; qu'ainsi la caution qui s'est obligée à assurer nominativement le capital n'est pas tenue des intérêts de la rente qui a été créée comme contre-valeur de ce prix ».

2096. Le droit d'enregistrement n'est point

dû à la même personne que l'obligation ; il est une obligation absolument distincte, dont l'autre est seulement la cause occasionnelle : la convention produit la première obligation ; l'autre n'est qu'un droit fiscal imposé sur la convention, mais n'en est point l'accessoire. Le droit d'enregistrement du titre n'est donc pas un des *accessoires* de l'obligation qui doive, aux termes de l'art. 2016, cité au numéro précédent, être compris dans le cautionnement, même indéfini, de cette obligation (*Cass.*, sect. civ., 6 octobre 1806, cassant un jug. du trib. de Nîmes du 1er. messidor an XII. J. P., 1er. de 1807, pag. 97. — *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 428. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 591).

2097. Le cautionnement consenti sans fraude par un père pour une dette de son fils envers un tiers de bonne foi ne peut, après le décès du père, être attaqué par ses autres enfans, sous prétexte qu'il grève leur légitime. Il ne peut pas être réduit, au préjudice de ce tiers, aux biens revenans à l'enfant cautionné ; et les biens à retrancher pour fournir la légitime ne peuvent pas être affranchis de l'hypothèque, qui est l'accessoire de ce cautionnement : « Vu les art. 873 et 2017 du Code civil ; et considérant que le cautionnement est un acte licite de sa nature ; que l'usage de ce contrat, admis dans l'ancien droit, a été maintenu par le Code civil ; que les engagemens des cautions passent à leurs héritiers, qui sont tenus personnellement pour leur part et portion virile et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre le principal obligé ; que le

cautionnement n'a pour objet direct que la sûreté de la tierce personne au profit de laquelle il est consenti ; que cautionner, sans fraude et pour cause légitime, un successible, ce n'est point enfreindre la prohibition de l'avantager, au préjudice de ses cohéritiers, puisque, d'une part, suivant la définition du droit, on n'entend par *avantage* que ce qui est donné à quelqu'un au-delà de ce que la loi lui attribue, et que, d'autre part, le fidéjusseur, bien loin de rien donner à ce successible, acquiert contre lui une action éventuelle, soit en garantie, soit en indemnité ; que, s'il fallait entendre le précepte de l'égalité dans le sens de l'arrêt attaqué, la plupart des relations de bienveillance seraient interdites entre les père et mère et leurs enfans, et ceux-ci se trouveraient le plus souvent écartés de toutes les affaires et de tous les emplois dans lesquels il faut être cautionné » (*Cass.*, sect. civ., 5 avril 1809, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 18 août 1806. — *Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 217. — *Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 131). La première partie de ces motifs, celle qui a rapport aux créanciers, suffisait pour motiver l'arrêt : la seconde nous paraît mériter explication. Par ces expressions « le fidéjusseur, loin de rien donner au sucessible, acquiert contre lui », la Cour aura voulu dire seulement que le père ne donnait pas gratuitement, parce qu'il acquérait en compensation une action éventuelle en recours contre son fils ; mais elle n'aura pas voulu dire qu'il gagnait réellement, comme pourraient le faire pen-

ser les expressions *loin de donner*. Autrement, ce serait jouer sur les mots. Le recours qu'il acquiert ne peut avoir pour effet que de l'empêcher de perdre, jamais de le faire gagner ; donc l'acte qui lui donne ce recours ne lui fait rien acquérir. Le fidéjusseur peut perdre, sans pouvoir gagner. Il est utile au débiteur par les sûretés qu'il offre ; il lui rend donc un service ; il lui fait donc un avantage, même quand, par l'événement, il se trouverait ne rien perdre. Mais les seuls avantages qui portent préjudice aux co-successibles sont les avantages matériels qui diminuent la succession ; il n'y aura donc, en ce sens, avantage qu'ils puissent attaquer que le paiement que pourrait faire le fidéjusseur. Si ce paiement est fait, ils peuvent en réclamer le montant du débiteur, en ce qui excéderait la part à laquelle il aurait droit dans la succession : et si le paiement n'est point fait, ils peuvent exiger garantie pour cet excédant. Mais, dans aucun cas, l'action n'a lieu qu'entr'eux ; et le cautionnement ne peut être attaqué vis-à-vis du créancier, pour lequel il n'existe ni portion disponible ni portion à réserve, mais une succession, représentant le défunt, avec lequel il a traité, et sur la totalité de laquelle frappe le cautionnement.

2098. Une caution peut être réputée *solvable* dans le sens de l'art. 2019 du Code encore que les immeubles dont elle offre l'affectation, soient situés dans le ressort d'une autre Cour que celle dans l'étendue de laquelle les parties sont domiciliées : « Considérant que la loi n'a pas fixé

la distance de rigueur dans laquelle doivent être situés les biens offerts en caution, et qu'elle n'a fait cas de leur éloignement que lorsqu'il est assez considérable pour en rendre la discussion trop difficile ; que la généralité de cette règle paraît insinuer la sage circonspection de ne point accueillir chaque espèce de difficultés comme un obstacle insurmontable à l'admission de la caution; que les juges, à qui la loi a réservé le soin d'apprécier l'influence de l'éloignement, ne peuvent trouver de règles plus sures que dans les principes de la jurisprudence romaine, qui, d'accord avec la française, sur le point qu'une caution n'est réputée bonne que lorsqu'elle réunit à une responsabilité suffisante la facilité d'être assignée en justice (*Leg.* 2, ff. *Qui satisd. cog.*), faisait cependant une grande différence entre la caution volontaire et la caution nécessaire, admettant en faveur de celle-ci des facilités particulières, pour ne point réduire ceux qui devaient la prêter à l'impossibilité d'agir (*Leg.* 7, §. I; *Leg.* 8, §. IV, ff. *Eod tit.*); que l'équité réclame d'autant plus ces facilités dans la jurisprudence française, sous le régime de laquelle les ressorts des Cours d'app e ne sont nullement comparables aux provinces romaines, dont parlent les lois sus-énoncées, ni à raison de leur étendue, ni à raison des difficultés que l'uniformité de jurisprudence établie dans l'empire français a fait disparaître ; que le sieur G... ne peut inférer de l'art. 2023 la nécessité absolue d'offrir des biens dans le ressort de la Cour d'appel où la caution doit être donnée pour qu'elle

soit bonne et recevable : car cet article ne prouve autre chose sinon que la caution ne peut arrêter les poursuites du créancier en excipant du bénéfice de la discussion, si elle ne lui fournit pas les moyens pour être satisfait aussi promptement et avantageusement par le débiteur principal qu'il le serait en continuant ses poursuites contre la caution; ou, en d'autres termes, que le bénéfice de discussion doit être utile à la caution, sans tourner à la charge du créancier principal, ce que la loi obtient en obligeant la caution, qui oppose le bénéfice de discussion, à avancer les deniers suffisans pour y procéder, et à indiquer des biens du débiteur principal situés dans l'arrondissement de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait » (Turin, 13 avril 1808. J. P., 3e. de 1810, pag. 71. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 371.)

2099. Mais il est évident que la caution ne serait pas réputée posséder des biens suffisans, dans le sens des art. 2018 et 2019, si elle ne les possédait qu'à un titre résoluble. Ainsi jugé dans le cas d'emphytéose (Colmar, 31 août 1810. *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 91.).

2100. L'art. 2037 Code civil dit : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ». Mais cette disposition ne s'applique pas à celui qui, sans s'obliger personnellement à payer, promet seulement de livrer ou engager des immeubles pour sûreté des engagemens d'un tiers : « Vu, dit le premier des ar-

rêts ci-après cités, les art. 2011 et 2015 du Code civil; considérant qu'il résulte du premier de ces articles que le cautionnement est un acte par lequel un tiers s'oblige de payer une dette, en cas que le débiteur ne l'acquitte pas lui-même; qu'il est de l'essence d'un engagement de ce genre que celui qui le contracte s'oblige personnellement envers le créancier; que si, au lieu de s'obliger personnellement, il ne fait que promettre de livrer ou engager, à titre de garantie, des propriétés mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces stipulations un acte de nantissement, une antichrèse, une affectation hypothécaire, mais non un cautionnement tel que le définit le Code civil;... considérant que, d'après l'art. 2015, le cautionnement ne se présume pas, qu'il doit être exprès » (*Cass.* sect. civ., 25 novembre 1814. *Sirey*, tom. XIII, pag. 177. — *Id.*, sect. civ., 10 août 1814, cassant un jug. du trib. de Châlons-sur-Saône. J. P., 3e de 1814, pag. 492. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 242.)

2101. La disposition de l'article 2037 du Code civil n'est pas non plus applicable à la caution solidaire; et le créancier peut toujours actionner directement cette caution, suivant les art. 1203 et 1204 de ce Code, sans qu'elle soit en droit d'opposer l'exception *cedendarum actionum* (Rennes, 19 mars 1811. J. P., 1er. de 1813, pag. 124. — Rouen, 7 mars 1818. J. P., 3e. de 1818, pag. 499. — *Sirey*, tom. XIX, 2e part., pag. 72): car il faut bien distinguer la caution simple et la caution solidaire. La première est seulement

accessoire dans l'obligation, n'est tenue que secondairement : l'autre est principale, est co-obligée, est débitrice directe. Aussi ces deux cautions sont-elles régies par des règles différentes : la première est régie par les régles fixées au titre du cautionnement; la seconde, ainsi que le dit l'art. 2021, par les règles établies pour les dettes solidaires.

2102. A plus forte raison, doit-on décider que le co-débiteur solidaire ne peut, lorsque le créancier ne lui demande que sa portion virile dans l'obligation, lui opposer l'exception de la cession d'actions, qui n'est admise qu'en faveur de la caution (2037); car, du moment qu'il n'est pas caution, et qu'il ne paye que sa part, il n'est en droit de rien répéter contre ses co-obligés.

Il sensuit que, lorsqu'un créancier a restreint son hypothèque à l'égard de l'un de ses débiteurs solidaires, et qu'il en poursuit un autre pour sa part seulement dans la dette commune, celui-ci ne peut repousser la demande du créancier sur le fondement que ce créancier s'est mis dans l'impuissance de le subroger à ses droits : «Vu les art. 1200, 1203, 1204 et 2037 du Code civil : considérant que l'art. 2037 n'admet l'exception de la cession d'actions qu'en faveur des cautions; que les co-débiteurs solidaires ne peuvent être considérés comme cautions que pour la somme qui leur est demandée au-delà de celle dont ils sont tenus à raison de la part qu'ils ont eue dans la cause de la dette » (*Cass.*, sect. civ., 13 janvier 1816, cassant un arrêt de la Cour d'Or-

léans du 2 juillet 1813. J. P., 3e. de 1816, pag. 33).

Il semblerait, d'après la seconde partie de ce considérant, que, dans l'opinion de la Cour de cassation, le co-débiteur solidaire doive être considéré, même à l'égard du créancier, comme caution de ses co-débiteurs en tout ce qui excède la portion dont il a profité dans les causes de l'obligation, et que, sous ce point de vue, il doive être admis à opposer au créancier l'exception de la cession d'actions. Cette opinion, déjà très-controversée dans l'ancien droit, ne nous paraît pas fondée dans le nouveau : « Un créancier, dit Pothier (*Traité des Obligations*, n°. 380, suivant les principes de l'ancien droit romain, comme l'observe Cujas, *ad Leg.* 95, §. *pen.* ff. *de Solut.*), ne contracte aucune obligation envers les fidéjusseurs de leur conserver ses actions contre le débiteur principal, contre lequel ils en ont une de leur chef. C'est par une pure raison d'équité qu'il n'en peut refuser la cession à la caution lors du paiement qu'elle a fait ; mais il n'est tenu de les céder que telles qu'il les a, et autant qu'il les a. Cest pourquoi la convention qu'il a eue avec le débiteur, par laquelle il a rendu inefficaces ses actions contre lui, ne l'exclut pas de pouvoir demander au fidéjusseur le paiement de la dette ». — « Tel était, ajoute Pothier, l'ancien droit, qui, comme l'observe Cujas, *ad d.* §. 5, ne peut guère avoir lieu depuis la Novelle de Justinien : *Jure novo*, dit Cujas, *haud facilè procedere potest* : car, Justinien ayant, par sa Nov., accordé aux fidéjus-

seurs l'exception de discussion, *beneficium ordinis,* il est évident que le créancier ne peut plus aujourd'hui, en convenant avec le débiteur de ne plus lui demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux fidéjusseurs; car il ne peut, par son fait, les priver du droit et de l'exception que la loi leur donne ». On sent d'abord que cette raison, présentée par Cujas et par Pothier, ne concerne point le co-débiteur solidaire, qui, dans le droit du Code civil, ne peut réclamer le bénéfice de discussion. Mais Pothier en donne encore pour raison la différence entre les simples pactes chez les Romains et nos conventions. La remise que faisait le créancier à son débiteur n'était, chez les Romains, qu'un simple pacte, qui, suivant le droit prétorien, fournissait une exception au débiteur contre le créancier qui lui aurait redemandé la dette, mais qui laissait subsister l'obligation *ipso jure*, suivant la rigueur du droit civil, parce qu'un simple pacte ne pouvait ni former, ni détruire une obligation civile ; et l'obligation civile restante était un fondement suffisant pour conserver celle des fidéjusseurs. Le Code civil a remédié suffisamment à ce que cette jurisprudence des Romains pouvait avoir d'inique, en décidant que « le créancier qui consent à la division de la dette, à l'égard de l'un des co-débiteurs (ce qu'il faut dire, à plus forte raison, de celui qui décharge l'un des co-débiteurs) conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité » (art. 1210). Mais la

même décision ne nous paraît pas pouvoir s'appliquer au créancier qui, sans décharger le co-débiteur de la dette, ni de la solidarité, aurait seulement donné main-levée de ses hypothèques sur ce co-débiteur, ou aurait négligé de les conserver. L'obligation principale, subsistant pour la totalité de la dette sur la tête de ce co-débiteur, est, suivant l'expression même de Pothier, un fondement suffisant pour conserver l'obligation des co-débiteurs solidaires; et ce que le Code civil a dit (art. 2037) de la simple caution, en ce cas, ne peut pas être étendu aux co-débiteurs solidaires, 1°. parce que le Code civil ne porte aucune disposition à cet égard en leur faveur; 2°. parce que la raison de droit, qui, pour la simple caution, se tire, suivant Cujas, de l'exception de division et de discussion introduite en faveur des cautions, ne peut être invoquée au cas de solidarité, puisqu'alors cesse le bénéfice de division et de discussion. La Cour de cassation a d'ailleurs restreint elle-même beaucoup plus sévèrement que nous ne le faisons ici l'application de la disposition de l'art. 2037, en décidant, par l'arrêt du 25 novembre 1812, ci-dessus cité, n°. 2100, que cette disposition ne s'applique pas à celui qui, sans s'obliger personnellement, engage seulement des immeubles pour sureté de la dette d'un tiers; et certainement ici, à la différence du co-débiteur solidaire, et comme la caution obligée personnellement, le propriétaire qui avait engagé ses immeubles pouvait invoquer le bénéfice de discussion (art. 2170 du C. C.). Il y avait donc, sui-

vant Cujas et Pothier, raison de droit suffisante pour opposer l'exception de la cession d'actions. Mais la Cour de cassation a préféré s'en tenir à la lettre de la loi, plutôt que d'en étendre l'application à un cas où il y avait même raison de décider.

Il est vrai que Pothier, n°. 557, *même traité*, pour étendre l'exception de la cession d'actions aux co-débiteurs solidaires, ne se fonde plus seulement sur les raisons ci-dessus exposées, mais sur une autre raison d'équité, qu'il exprime ainsi : « Lorsque plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total que dans la confiance qu'elles ont du recours qu'elles auront contre les autres en payant le total ; c'est pourquoi lorsque le créancier, par son fait, les a privés de ce recours, en se mettant, par son fait, hors d'état de céder ses actions contre l'un d'eux qu'il a déchargé, il ne doit plus être recevable à agir solidairement contre les autres, si ce n'est sous la déduction des portions pour lesquelles ils auraient eu recours contre celui qu'il a déchargé ». Nous avons montré plus haut comment le Code civil a satisfait à cette raison d'équité à l'égard des co-débiteurs solidaires. Mais aller plus loin, comme le fait Pothier, et décider que les co-débiteurs solidaires peuvent opposer l'exception de la cession d'actions au créancier qui, sans décharger la personne de l'un des co-débiteurs, aurait déchargé son bien, donné main-levée de l'hypothèque consentie sur ce bien, ou fait quelqu'autre acte tendant à diminuer les

actions du créancier, ce serait évidemment ajouter aux dispositions du Code civil, pour maintenir une opinion qui, bien que professée par Pothier, n'était ni fondée sur le droit romain, ni même universellement reçue par les jurisconsultes français. D'ailleurs, à la raison d'équité, beaucoup trop étendue par Pothier, on peut opposer que les co-débiteurs solidaires n'ont point à se plaindre de la rigueur du Code civil à leur égard, puisque, en contractant, ils peuvent aisément y parer au moyen d'une stipulation expresse.

2103. L'art. 69 de la loi du 22 frimaire an VII, §. II, n°. 8, assujettit au demi droit proportionnel d'enregistrement tous les *cautionnemens*. On avait voulu affranchir de cette disposition les cautionnemens en immeubles, fournis par les fonctionnaires publics préposés à la recette des deniers du gouvernement, sur le motif qu'il n'y avait alors cautionnement que lorsque l'immeuble était engagé à ce titre par un tiers, et non par le titulaire lui-même; et que dans le dernier cas, il y avait seulement affectation d'hypothèque, fidéjussion. Mais cette interprétation a été rejetée avec raison : « Vu l'art. 7 de la loi du 24 novembre 1790, le n°. 2 de la 1re. section du tarif annexé à celle du 5 décembre de la même année, et les lois des 15 germinal an IV et 22 frimaire an VII : — Attendu que ces lois ne font aucune distinction entre les cautionnemens fournis par les receveurs sur leurs immeubles personnels et ceux fournis sur les immeubles d'un

tiers qui y consent. — Que, de quelque manière que soit fournie cette garantie imposée par la loi aux receveurs de deniers publics, sous le nom de *cautionnemens en immeubles*, elle tend au même but et satisfait aux mêmes dispositions, et qu'ainsi aucun motif ne permet de distinguer là où la loi ne distingue pas » (*Cass.*, sect. civ., 14 frimaire an XII, cassant un jug. du trib. de Beauvais du 26 nivose an XI. J. P., 1er. de l'an XII, pag. 503. —*Sirey*, tom. IV, 1re. part., pag. 159.—*Denevers*, tom. II, 1re. part., pag. 191). Cet arrêt semble contradictoire avec l'arrêt de la même Cour, du 25 novembre 1812, que nous avons cité n°. 2100 : mais, pour les concilier, il faut entendre cette expression *le langage des lois*, de l'arrêt du 14 frimaire an XII, dans le sens de *langage des lois relatives à l'enregistrement*, parce que c'étaient ces lois seulement qu'il s'agissait d'interpréter sur une question d'enregistrement.

TITRE QUINZIÈME.

Des Transactions et des compromis.

CHAPITRE PREMIER.

Des transactions.

2104. « La transaction est un contrat par le-

quel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. — Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

Elle a donc lieu sur une chose douteuse ou qui paraît telle aux parties ; *qui transigit quasi de re dubiâ et lite incertâ neque finitâ transigit.* L. 1 ff. *de Trans.* Elle a pour but la tranquillité, et, pour moyen, le sacrifice de quelques droits. C'est un acte fait pour consolider certains droits, au moyen de l'abandon de quelques autres.

Comme elle est un abandon de droits, elle ne peut être faite que par ceux qui ont la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (art. 2066 du Code civil).

Et comme elle est un sacrifice, elle ne peut être attaquée pour erreur de droit ou pour lésion (art. 2052 du Code civil), fût-elle même faite dans un acte qui pourrait être attaqué pour ces causes ; pourvu toutefois qu'elle soit indépendante des autres conditions de cet acte (*Voy.* tom. III, n°. 957).

2105. L'art. 2045 du Code civil dit que « le tuteur ne peut transiger pour les mineurs que conformément à l'art. 467 » : et cet art. 467 porte : « Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du Roi au tribunal de première instance. La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi ».

Nous avons cité, au titre du Partage, n°s. 838 et 839, des arrêts qui annulent des actes où ces formalités n'avaient point été observées. Nous ne reviendrons pas ici sur les principes que nous y avons développés. Nous rapporterons seulement quelques arrêts comme faisant plus spécialement l'application de ces principes aux transactions.

Arrêt de Paris (9 janvier 1810. J. P., 1er. de 1810, pag. 212), qui annule une transaction faite par un tuteur sans l'autorisation préalable du conseil de famille ; bien que le conseil l'ait approuvée postérieurement, ait autorisé le tuteur à la ratifier, et que la ratification, et même l'homologation, ait eu lieu. Cet arrêt, quelque sévère qu'il paraisse, est fondé en raison. La loi a voulu prévenir un mal, et non pas y remédier : elle a pensé, d'ailleurs, que l'examen est plus approfondi lorsqu'il s'agit d'autoriser à faire un acte, que lorsqu'il est question de ratifier un acte déjà fait. Si donc le tuteur ne *pouvait*, comme le dit l'art. 467, transiger sans autorisation, une délibération de famille n'a pu valider un acte que le tuteur avait fait sans pouvoirs : et si la délibération est nulle, l'homologation, qui porte sur un acte nul, doit avoir le même sort. Cet arrêt a été rendu sur un acte passé sous l'ancien droit ; mais il eût été, par les mêmes motifs, rendu également sous le droit nouveau.

Arrêt de Turin (29 juillet 1809. J. P., 3e. de 1810, pag. 349), annulant une transaction qui avait été consentie par le tuteur, de l'avis du conseil de famille, et homologuée, mais qui n'avait pas

été préalablement soumise à l'avis de trois jurisconsultes. Nous ne concevons pas comment la Cour de Montpellier (26 août 1816. J. P., 2e. de 1816, pag. 36. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 113) a pu valider une transaction consentie par une tutrice non autorisée, sur le motif que le texte de l'article 467 ne prononce pas la nullité. Il nous semble cependant qu'il est difficile de s'expliquer plus positivement que ne le fait cet article, qui dit : « Le tuteur *ne pourra* transiger... la transaction *ne sera valable* qu'autant...... , etc. ». Nous croyons inutile d'entrer dans aucuns dévéloppemens pour combattre cet arrêt qui se trouve attaqué tant par la jurisprudence, uniforme dans le sens contraire, que par les principes rappelés plus haut.

2106. Une transaction est une espèce d'aliénation, celui qui transige étant nécessairement supposé abandonner une partie de ses droits pour conserver le reste, et l'art. 1554 du C. C. dit que les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés pendant le mariage : mais il ne suit pas de ces deux principes que la femme qui s'est constitué en dot tous ses biens présens et à venir ne puisse, avec autorisation de son mari, transiger sur la quotité de ses droits héréditaires dans une succession qui lui échoit : « Considérant que la dame G... ne s'était pas constitué nominativement les biens qui lui étaient échus par le partage du 19 fructidor an III, mais seulement tous ses biens présens et à venir; que, à l'époque de son mariage, les biens qui devaient composer sa dot n'étaient pas irré-

vocablement déterminés ; qu'il s'est agi au contraire, dans les discussions qui ont eu lieu depuis, de connaitre quels étaient les droits véritables de la dame G..., et d'en fixer la quotité; que, jusqu'à cette fixation définitive, tout a été incertain pour ladite dame; mais qu'il lui appartenait incontestablement, quoique mariée sous le régime dotal, d'examiner et discuter ses droits, sous l'autorité de son mari; que c'est seulement par le résultat de cette discussion que la quotité de sa dot et les biens qui l'ont composée sont devenus certains ; et qu'ainsi le traité qui a eu pour objet ce réglement, quoique devenu nécessaire, ne peut pas être considéré comme une aliénation du bien dotal ; et que c'est seulement le lot à elle échu par ce traité qui est devenu inaliénable: — Considérant que les lois qui ont pour objet la conservation des dots des femmes leur seraient préjudiciables si elles ne pouvaient transiger en pareil cas, parce que les procès dans lesquels elles seraient obligées d'entrer tourneraient souvent à leur ruine; de manière que ces lois, sous prétexte d'assurer plus solidement les biens de la femme, les lui feraient souvent perdre :— Considérant que l'ancienne jurisprudence maintenait de pareils traités, et qu'il y en a surtout un arrêt remarquable, du mois de juillet 1745, cité par Chabrol, sur la coutume d'Auvergne » (Limoges, 5 juillet 1813. J. P., 1er. de 1814, pag. 471).

2107. D'après l'art. 1131, l'acte sans cause ou sur une cause fausse ne peut avoir d'effet. Une transaction doit donc aussi avoir une cause. Mais

il ne s'ensuit pas qu'on ne puisse transiger valablement sur un droit certain, et qu'une telle transaction soit nulle, comme faite sans cause ou sur une cause fausse, parce qu'on ne reçoit pas un équivalent du droit auquel on a renoncé. Car ce n'est pas le plus ou le moins de solidité d'un droit, mais la contestation à laquelle il donne lieu, qui est cause d'une transaction ; le droit en litige n'en est que l'objet : la cause est dans le désir d'éviter un procès ; cette cause est suffisante (1) ; et il n'y a ni manque de cause ni fausse cause dans le sacrifice qu'une partie fait d'un droit ou d'une portion d'un droit, même certain, afin d'obtenir sa tranquillité. Autrement, il n'y aurait point une seule transaction qui ne pût être attaquée, puisque chaque partie pourrait toujours prétendre qu'elle aurait sacrifié un droit indubitable. C'est ainsi que la transaction sur un procès terminé par un jugement, même passé en force de chose jugée, n'est nulle que lorsque les parties, ou l'une d'elles, n'avaient point connaissance de ce jugement (art. 2056 du C. C.). Daprès ces principes, ont été validées des transactions passées avec d'anciens déportés ou émigrés, relativement aux biens qui avaient été confisqués sur eux. (*Cass.*, sect. civ., 22 juillet 1811, cassant

---

(1) Et quidem quod transactionis nomine, datur licet res nulla mediâ fuerit, non repetitur : nam si lis fuit, hoc ipsum quod alite disceditur, causa videtur esse. L. 65, §. I, ff. *de Condict. indeb.*

Cùm te proponas cùm sorore tuâ de hereditate transegisse, et ideò *certam pecuniam ei te debere cavisse*, etsi nulla fuisset quæstio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interpositâ, pecunia rectè cauta intelligitur. L. 2, *C. de Transact.*

un arrêt de la Cour d'Agen du 8 juillet 1809. J. P. 1er. de 1812, pag. 413. — *Sirey*, tom XII, 1re. part., pag. 41. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 1. — Sect. civ., 3 décembre 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Dijon du 3 juillet 1810. J. P., 2e. de 1814, pag. 241. — *Denevers*, tom. XII, 1re. part., pag. 86). *Voyez* ce que nous avons dit, n°. 2001, sur la cause des Obligations.

2108. L'obligation de payer une rente que l'on reconnaîtrait féodale serait évidemment de toute nullité, comme dérogeant à une loi de droit public (art. 6 du Cod. civ.). Mais « aucune loi ne prohibe les transactions sur la question de savoir si des rentes sont ou seigneuriales ou mélangées de féodalité, ou si elles sont purement foncières (*Cass.*, sect. des req., 5 juillet 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Orléans. J. P., 1er. de 1811, pag. 53. — *Denevers*, tom. VIII, 1er. part., pag. 524. Avis du conseil d'état, des 15-23 septembre 1810). Autre chose est en effet de contracter une obligation, et autre chose de transiger sur la question de savoir si une obligation est nulle.

2109. Dans toute transaction, comme dans tout acte, le consentement doit être libre, et la violence est une cause de rescision. Mais une transaction entre un créancier et son débiteur n'est point nulle pour avoir été faite dans une maison d'arrêt, où le débiteur à été emprisonné, en vertu d'une contrainte lancée par ce créancier : « Considérant que la détention était légale et la suite d'une condamnation judi-

ciaire; que le débiteur emprisonné et son créancier peuvent traiter ensemble dans les prisons, l'un pour recouvrer sa liberté, l'autre pour assurer sa créance; qu'une maison d'arrêt établie par l'autorité publique exclut toute idée de menaces, de violences et de voies illicites » (Paris, 12 février 1806. J. P., 2e. de 1806, pag. 280).

2110. L'art. 2054 du Code civil, qui autorise l'action en rescision contre les transactions faites en exécution d'un titre nul, si les parties n'ont pas expressément traité sur la nullité, ne s'applique pas au cas où le titre sur l'exécution duquel il a été transigé n'était supposé valable que par erreur de droit, comme il s'applique au cas où le titre était supposé valable par erreur de fait (*Voyez* pour l'établissement de ce principe, ce que nous avons dit tom. V, 2e. part., pag. 360).

2111. En outre, cet article 2054 n'a point trait au cas où la transaction a été suivie d'exécution. C'est ce qui a été jugé dans une espèce où il s'agissait d'une donation, et par des motifs qui gouvernent également, et même à plus forte raison, toutes espèces de contrats, puisque le rapprochement des art. 1338 et 1339 du Code civil fait voir que la loi se montre plus sévère à l'égard des nullités du donataire qu'à l'égard des nullités de tout autre acte : « Considérant, est il dit dans l'arrêt, que les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et que, suivant l'art. 1340, lorsque la donation est exécutée volontairement par les héritiers du donateur après son décès, cette exé-

cution couvre tous les vices de forme, ainsi que toutes autres exceptions; — qu'il suit de là que cette exécution spontanée que la dite donation a reçue, soit par ladite transaction qui en est elle-même l'exécution de la part du mandataire du sieur Ch..., soit par le fait de celui-ci, postérieurement à ladite transaction en payant à la dame P....., partie des sommes dont il lui était redevable, a suffi pour couvrir tous les vices de forme qu'il opposait contre ladite donation, tels que le défaut de lecture d'icelle aux parties intéressées après sa rédaction et le défaut d'insinuation; — que du système contraire il résulterait une contrariété choquante entre les art. 1340 et 2054 du même Code, en ce que la simple exécution d'une donation après la mort du donateur rendrait, aux termes du premier, ses héritiers non-recevables à l'attaquer ensuite, soit pour vices de forme, soit par tout autre moyen de droit, et que, suivant le second, une donation suivie d'une transaction, après même l'exécution la plus complète qu'elle aurait pu recevoir ne serait pas moins susceptible d'être attaquée, sous le prétexte qu'il n'aurait pas été transigé d'une manière expresse sur les nullités qui auraient pu affecter ladite donation; — qu'une contrariété aussi révoltante n'a jamais pu exister, soit dans les expressions combinées et bien entendues des deux articles, soit dans les vues et l'intention du législateur, puisqu'il est évident que la disposition du dit art. 2054 ne peut jamais avoir lieu que lorsque les parties intéressées sont restées dans les

termes d'une simple transaction, non encore suivie d'aucune exécution de la donation qu'elle a eu pour objet ; mais que ledit art. 1340 reprend toute sa force et tout son empire dans tous les cas où les mêmes parties ont librement et volontairement exécuté la donation, soit qu'il y ait eu transaction sur icelle, soit qu'il n'y en ait pas eu » (*Cass.* sect. civ, 29 juin 1813, cassant un arrêt de la Cour de Montpellier. *Sirey,* tom. XIII, 1re. part., pag. 378. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 344).

2112. De ce que les actes doivent être appréciés d'après ce qu'ils sont réellement plutôt que d'après les noms qu'ils portent, il suit que, quand les parties ont fait un véritable transport de propriété, déguisé sous la forme d'une transaction déclarative d'une absence de droits dans le cédant, cette forme de l'acte n'empêche pas la régie de percevoir un droit de mutation (*Cass.*, sect. civ., 9 mai 1808. — *Sirey,* tom. IX, 1re. part., pag. 169, cassant un jug. du trib. de Barbézieux du 4 vendémiaire an XIV. — *Voy.* un arrêt dans le même sens, tom. III, n°. 843).

CHAPITRE II.

Des compromis.

2113. *Celui qui a compromis, avec un interdit, un mineur ou une femme mariée non autorisée, ne peut exciper de leur incapacité pour faire déclarer nulle la sentence arbitrale.*

2114. *Il n'en est pas de même de celui qui a compromis avec un curateur non autorisé d'un absent.*

2115. *La femme qui s'est constitué en dot tous ses biens présens*

et à venir ne peut, même avec l'autorisation de son mari, compromettre sur des difficultés relatives à une action en partage de succession.

2116. *Des compromis passés par l'héritier bénéficiaire.*

2117. *Des parties peuvent compromettre sur des difficultés élevées entr'elles relativement au sens d'un acte administratif qui ne concerne que leur intérêt personnel.*

2118. *On peut compromettre sur la question de savoir si un enfant est né viable ou non.*

2119. *Un compromis ne peut être attaqué, pour défaut prétendu de motifs, comme ayant eu pour objet des droits certains, mais contestés.*

2120. *Il ne peut l'être non plus sous le prétexte d'ignorance de la loi qui assurait ces droits.*

2121. *Un juge peut être choisi pour arbitre, même dans les causes qui sont soumises à la juridiction du tribunal dont il est membre.*

2122. *L'objet du litige est suffisamment exprimé dans un compromis lorsque les parties donnent pouvoir aux arbitres de juger toutes les questions élevées ou qui pourraient s'élever sur le contrat pour lequel on compromet, sans qu'il soit besoin de détailler toutes les contestations à juger.*

2123. *Les arbitres ne commettent pas un excès de pouvoirs en prononçant sur une question qui n'est pas expressément énoncée dans le compromis, si cette question est une suite et une dépendance nécessaire de celles qui sont prévues.*

2124. *La clause que, « s'il survenait quelques difficultés sur l'exécution du présent marché, on s'en rapporterait à deux amis communs » ne comprend pas le cas où il s'agit de statuer sur la résiliation du marché.*

2125. *Une partie ne peut, sans le consentement de l'autre, révoquer son propre arbitre.*

2126. *Les parties peuvent renoncer à la voie d'opposition contre l'ordonnance* d'exequatur.

2127. *Elles peuvent également renoncer à la requête civile.*

2128. *Les arbitres peuvent connaître eux-mêmes de leur compétence, bien qu'ils n'y soient pas expressément autorisés par le compromis.*

2129. *Mais ils ne peuvent prononcer sur leur récusation.*

2130. *Un tribunal ne peut être autorisé par les parties à prononcer comme amiable compositeur.*

2131. *Un jugement arbitral rendu sur quelques points hors du compromis, est nul pour le tout.*

2113. Nous avons traité, au titre *de la Société*, des compromis en matière de commerce. Il nous reste à nous occuper ici des compromis en matière civile.

Ils forment l'objet du dernier livre du Code de procédure civile.

Les art. 1003 et 1004 du Code de procédure civile portent : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » (art. 1003 du Code de procédure civ.).

« On ne peut compromettre sur les dons et legs d'alimens, logement et vêtemens; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public » (art. 1004 du Code de procédure civ.).

Ces articles ne dérogent point à la règle générale posée dans les art. 225 et 1125 du Code civil, d'après lesquels les parties capables ne peuvent demander la nullité d'un acte par elles passé avec un mineur, un interdit, ou une

femme mariée non autorisée. Ainsi il a été jugé avec raison que celui qui a compromis avec un mineur ne peut exciper de l'incapacité de ce dernier pour faire déclarer nulle la sentence arbitrale (*Cass.*, sect. des req., 1er. mai 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 20 avril 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 378. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 244. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 542).

2114. Mais la disposition des art. 225 et 1125 du Code civil, fondée sur l'incapacité personnelle des individus dont ils parlent, ne peut être étendue aux absens : d'abord parce qu'ils ne sont pas de même frappés d'une incapacité personnelle ; ensuite parce qu'aucun article de la loi n'autorise cette extension. Ainsi la nullité du compromis passé sur les droits d'un absent avec son curateur non valablement autorisé peut être réclamée par les autres parties, capables de compromettre : « Considérant qu'un compromis est un acte synallagmatique ; que, de sa nature, il doit contenir obligation réciproque ; que, dans l'espèce, l'une des parties n'ayant pas de capacité ni d'autorisation suffisante pour obliger l'absent, les autres parties n'ont pas dû être davantage obligées envers lui ; conséquemment que le compromis, et tout ce qui l'a suivi, a dû être déclaré nul ; que les articles invoqués du Code civil n'ont point d'application à l'espèce ; que les demandeurs avaient intérêt à faire prononcer cette nullité » (*Cass.*, sect. des req., 5 octobre 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen

du 11 juillet 1807. J. P., 1er. de 1809, pag. 453.— *Sirey*, tom. IX, 1re. part, pag. 71 —*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 554).

2115. Nous avons cité, au chapitre *des Transactions*, n°. 2106, un arrêt de la Cour de Limoges qui dit que la femme qui s'est constitué en dot tous ses biens présens et à venir peut cependant, avec l'autorisation de son mari, *transiger* sur la quotité de ses droits héréditaires dans une succession qui lui écheoit. Voici un arrêt de la Cour de Nîmes (26 février 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 114) qui décide qu'elle ne « peut, avec le concours de son mari, *compromettre* sur des difficultés relatives à une action en partage d'une telle succession: « Attendu que l'art. 1004 du Code de procédure civile défend de compromettre sur aucune contestation sujette à communication au ministère public; — Attendu que, aux termes de l'art. 83, n°. 6, les causes des femmes non autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal, doivent être communiquées au ministère public; — Attendu que cette dernière disposition ne distingue pas entre la dot mobilière ou immobilière, aliénable ou non aliénable ».

On voit que ces deux arrêts n'offrent entr'eux aucune contradiction; parce qu'il s'agit dans l'un d'une transaction, et dans l'autre d'un compromis, pour lequel la loi a tracé des règles spéciales qui n'existent point pour la transaction.

On observera aussi que l'art. 83 du Code de

procédure civile assujettit à communication, non pas seulement les causes relatives aux biens dotaux, mais les causes *où il s'agit de la dot;* expressions bien plus étendues : car les premières n'auraient rapport qu'aux biens faisant partie de la dot; tandis que les autres embrassent aussi tous les droits qui ont trait à la dot, c'est-à-dire non seulement les droits relatifs aux biens dotaux inaliénables, mais encore ceux relatifs aux biens dotaux qui peuvent être aliénés. Il en serait autrement d'un compromis qui ne porterait que sur des fruits (*Voyez* tom. V, n°. 1550).

2116. *Voyez,* sur les compromis passés par l'héritier bénéficiaire, tom. III, n°. 763, pag. 110 et 116.

2117. Des parties peuvent compromettre sur des difficultés élevées entr'elles relativement au sens d'un acte administratif qui ne concerne que leur intérêt personnel : « Considérant que rien ne s'y oppose; que, au contraire, l'arrêt du 5 fructidor an IX autorise ces sortes de transactions; — Que, dans l'espèce, les arbitres n'ayant fait que déterminer le sens d'un acte administratif qui leur avait été soumis du consentement des parties, et uniquement dans l'intérêt de celles-ci, n'ont évidemment commis aucun excès de pouvoir qui pût faire annuler leur sentence rendue en dernier ressort et inattaquable par la voie d'appel » (*Cass.*, sect. des req., 17 janvier 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de

Riom du 19 juin 1810. *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 126. — *Denevers,* tom. IX, 1re. part., pag. 121).

2118. Lorsque l'art. 1004 du Code de procédure civile défend de compromettre sur des *questions d'état,* ce mot ne doit s'entendre que de l'état-civil des personnes. La défense de la loi n'empêche pas dès-lors de compromettre sur la question de savoir si un enfant est né viable ou non. C'est ce que la Cour de Bruxelles (26 février 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part. pag. 187) a jugé sous l'empire du droit romain, dont les lois 32, §. VII, ff. *de Recept., et Ultim., C. Ubi caus. stat. agi deb.*, contenaient des dispositions semblables à celle de l'article précité du Code de procédure civile, et ce qu'il faudrait, par la même raison, juger également sous la loi nouvelle.

2119. Un compromis ne peut être attaqué pour défaut prétendu de motifs, comme ayant eu pour objet des droits certains, mais contestés (*Cass.*, sect. des req., 17 janvier 1809, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen. J. P., 3e. de 1809, pag. 161). Nous nous contentons d'énoncer ici cette décision; et nous renvoyons pour l'exposé de ses motifs, à ce que nous avons dit, n°. 2107, en traitant de la cause des transactions.

2120. Il ne peut l'être non plus sous le prétexte d'ignorance de la loi, qui assurait ces droits, « parce que nul n'est recevable à se faire un moyen de ce qu'il a, quoique majeur, et jouissant de la plénitude de ses droits, ignoré les avan-

tages dont la loi l'autorisait à jouir » (Même arrêt). C'est ce que l'art. 2052 décide formellement pour les transactions, et la Cour a appliqué avec raison cette disposition aux compromis.

2121. Un juge peut-il individuellement être choisi pour arbitre? La question ne souffre aucune difficulté s'il est choisi pour une cause hors de son ressort, ou même pour une cause qui serait de son ressort, mais qui n'est point pendante à son tribunal; parce qu'alors il n'est point juge, mais simple particulier, relativement à l'affaire et aux parties. Mais peut-il également être choisi pour arbitre dans une contestation pendante à son tribunal? La loi 9, ff., §. II, *de Recept., et qui arbitium* (1), décidait la négative; l'ordonnance de François Ier. étendait même la défense aux causes pendantes *ès-cours inférieures* (2); et cependant la Cour de Trèves (24 juin 1812. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 200) a jugé l'affirmative : « Attendu que le moyen tiré de la loi 9, ff. *de Recept.*, ne peut être accueilli, cette loi n'étant pas applicable dans l'état de la législation actuelle; qu'il s'infère des dispositions du §. VIII de l'art. 378 du Code de procédure civile, que, la récusation d'un juge qui a été arbitre n'étant que facultative, on doit nécessairement en conclure qu'il n'est pas interdit à un membre d'un tribunal d'accepter un

---

(1) « Si quis judex sit, arbitrium recipere ejus rei de quâ judex est in vese compromitti jubere prohibetur lege Juliâ ».

(2) « Enjoignons à nosdits présidens et conseillers qu'ils s'abstiennent de prendre arbitrage ne compromis, ne faire consultations, en quelque matière que ce soit, pendante en la Cour, ne ès-cours inférieures ».

arbitrage ». Ces motifs ne nous paraissent point convaincans. Le premier, concernant le rejet de la loi romaine, n'est qu'une assertion dénuée de raisonnemens à l'appui : et le second, tiré de l'art. 378, n°. 8 du Code de procédure, nous semble fondé sur un raisonnement peu exact. Cet article dit simplement que « tout juge peut être récusé... s'il a connu du différend comme . . . . . arbitre ». Ce n'est point dire qu'il ait le droit d'en connaître comme arbitre, même en aucun cas. L'article ne prononce que sur un fait relativement à l'arbitrage, et non sur un droit ; et établit ce qui aura lieu quand le juge aura été arbitre, sans examiner s'il l'a été légalement ou non. Mais le dispositif de la Cour est juste, selon nous, par une autre raison, par celle que les motifs d'exclusion, qui existeraient contre un tribunal entier dont la juridiction se trouverait ainsi changée n'existent point contre un juge individuellement ; que les motifs d'exclusion doivent toujours être cherchés dans la loi régnante, et non dans les lois anciennes ; qu'aucune exception n'existe dans nos lois ; que le juge n'agit que comme arbitre, et non comme juge, et qu'il n'y a point ainsi cumulation de fonctions incompatibles.

2122. L'objet du litige est suffisamment exprimé dans un compromis, lorsque les parties donnent pouvoir aux arbitres de juger toutes questions élevées, ou qui pourraient s'élever, sur le contrat pour lequel on compromet. Il n'est pas nécessaire de détailler toutes les contestations à juger : « Considérant que la loi n'oblige point

à ce détail, qui souvent serait impossible, puisque les prétentions des parties, dépendamment au même objet de litige, trouvent souvent leur source dans le cours de la procédure et dans les moyens respectifs de défense : elle n'oblige qu'à spécifier l'objet du litige, et ce, pour circonscrire dans des limites certaines et invariables le mandat des arbitres, et pour que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils n'aient point à divaguer sur des objets étrangers à leur mission » (Turin, 4 avril 1808. — *Sirey,* tom. IX, 2e. part., pag. 263).

2123. Dès-lors, « les arbitres sont autorisés à prononcer sur des questions qui ne sont pas énoncées dans le compromis, lorsqu'elles sont une suite et une dépendance nécessaire de celles qui y sont prévues, et qu'elles prennent naissance dans les débats qui s'élèvent par devant eux » (Aix, 3 février 1817. J. P., 2e. de 1818, pag. 119. *Sirey,* tom. XVII, 2e. part., pag. 415. — *Denevers*, tom. XV, 2e. part., pag. 151).

2124. La clause ainsi conçue que, « s'il survenait quelques difficultés sur l'exécution du présent marché, on s'en rapporterait à deux amis communs », ne comprend pas le cas où il s'agit de statuer sur la résiliation du marché (Paris, 29 novembre 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 28). La résiliation du marché est en effet tout le contraire de son exécution, et se trouve par conséquent, hors des limites du compromis.

2125. L'art. 1008 du Code de procédure porte que « pendant le délai de l'arbitrage, les arbitres ne pourront être révoqués que du *consentement*

unanime des parties ». Il s'ensuit évidemment qu'une partie ne peut, sans le consentement de l'autre, révoquer son propre arbitre; car cet arbitre, présenté par elle, a été adopté par l'autre, et le contrat synallagmatique, formé par le concours des deux parties, ne peut être détruit que par leur volonté unanime (Paris, 13 avril 1810. J. P., 3e. de 1811, pag. 289).

2126. L'art. 1009 du Code de procédure assujettit les arbitrages « aux délais et formes établis pour les tribunaux, *si les parties n'en sont autrement convenues* »; et l'art. 1010 dit que « les parties pourront, dès-lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel ». Il suit évidemment de ces deux articles qu'elles peuvent renoncer dans le compromis à tous les moyens d'attaque qui ne sont introduits que dans leur intérêt privé, conformément à la règle générale que chacun peut renoncer au droit établi en sa faveur; qu'elles peuvent, par conséquent, renoncer à la voie d'opposition contre l'ordonnance d'*exequatur* (*Cass.*, sect. des req., 31 décembre 1816, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Colmar du 29 août 1815. J. P., 3e. de 1817, pag. 385. — *Sirey,* tom. XVIII, 1re. part., pag. 38):

2127. Et à la requête civile (*Cass.*, sect. des req., 18 juin 1816, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Douai du 28 juin 1815. J. P., 1er. de 1817, pag. 431).

Observons toutefois que la renonciation des parties ne peut avoir d'effet que relativement aux moyens d'attaque établis dans leur seul intérêt

privé, et non relativement à ceux qui sont établis dans l'intérêt public ; qu'ainsi elle ne peut embrasser les cas de dol ou de fraude ; parce que les ouvertures en requête civile et les autres moyens d'attaque contre le dol et la fraude sont des institutions d'ordre public, qu'intéresse la répression de ces délits, et parce que la renonciation à ces moyens serait une convention contraire aux bonnes mœurs (art. 6 et 1133 du Code civ.). C'est ce qui résulte des considérans dudit arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1816, et de ceux de la Cour de Colmar : « Considérant, dit l'arrêt de la Cour de cassation, que, dans l'espèce, aucun fait de dol ou de fraude n'a été allégué contre la décision des arbitres.

2128. Des arbitres peuvent connaître eux-mêmes de leur compétence, bien qu'ils n'y soient pas expressément autorisés par le compromis : « Attendu que, en thèse générale, tout juge, même d'exception, peut statuer sur sa propre compétence ; — Attendu que les arbitres sont des juges, relativement aux parties qui les ont nommés, puisque la loi ordonne l'homologation des sentences arbitrales, et en garantit l'exécution ; — Attendu qu'aucune loi ne prohibe aux arbitres de connaître eux-mêmes de leur propre compétence dans les matières surtout qui n'exigent pas la communication au ministère public ; — Attendu qu'il n'en peut résulter aucun inconvénient, l'art. 1028 du Code de procédure civile autorisant les parties à former opposition et à demander l'an-

nulation de toute sentence arbitrale contenant excès de pouvoir ; — Attendu enfin qu'il est vrai, d'une part, que les arbitres doivent se renfermer dans les termes du compromis, et, d'un autre côté, que dans le cas particulier, le compromis ne leur confère pas en termes exprès le pouvoir de statuer sur la compétence ; mais que ce pouvoir s'y trouve nécessairement et d'une manière implicite, dès lors qu'il est la conséquence naturelle du caractère de juges dont les parties avaient investi les arbitres » (*Cass.*, sect. des req., 28 juillet 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Aix du 13 décembre 1814. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 22. — *Denevers*, tom. XVI, 1re. part., pag. 595. — *Voy*. aussi les considérans de l'arrêt de la Cour d'Aix du 3 février 1817, ci-dessus cité n°. 2023).

2129. Mais ils ne peuvent, à peine de nullité du compromis, prononcer sur leur récusation : « Vu l'art. 1028 du Code de procédure civile ; attendu que ce droit n'était dans aucun des pouvoirs à eux conférés, soit par le tribunal qui les avait renvoyés, soit par la loi, qui, au contraire, ne permet pas qu'un juge, un arbitre, un expert récusés, jugent eux-même leur propre récusation » (*Cass.*, sect. civ., 1er. juin 1812, cassant un arrêt de la Cour de Rouen du 24 mai 1810. J. P., 3e. de 1812, pag. 87. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 349. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 471).

2130. D'après l'art. 1019 du Code de procédure, les parties peuvent autoriser leurs arbitres

à prononcer comme amiables compositeurs ; mais elles ne peuvent conférer la même faculté à un tribunal : « Attendu que, par les actes des 3 et 11 août 1812, qu'il faut apprécier suivant qu'ils ont été exécutés, les parties ont donné aux juges, et les juges ont en effet accepté, le pouvoir de réunir les fonctions de *juges* et celles d'*arbitres et amiables compositeurs ;* — Que cette réunion, à laquelle résistent toutes les convenances, était littéralement prohibée par les lois romaines, par les anciennes ordonnances, et par diverses coutumes; que les lois nouvelles n'ont à cet égard aucunes dispositions expresses ; mais que, par cela seul qu'elles n'autorisent pas cette réunion de fonctions aussi essentiellement différentes que celles de juger et celles de faire des transactions, on doit conclure qu'elles l'ont interdite aux juges, qui, délégués par le souverain pour rendre la justice en son nom, ne peuvent pas dépasser les limites qu'il leur a tracées, et étendre au-delà de ces limites les pouvoirs qu'il leur a confiés ; — Que d'ailleurs les dispositions des Codes de procédure et de commerce s'opposent évidemment à ce que cette réunion puisse jamais avoir lieu, notamment à raison de la différence qu'elles établissent entre les *juges* et les *arbitres*, soit dans la forme de leurs jugemens, soit dans les pouvoirs dont elles les ont respectivement investis; — *Dans la forme de leurs jugemens* : en ce que ceux des tribunaux sont rendus exécutoires par les juges dont ils sont émanés, tandis que les arbitres ne peuvent donner aucune autorité à leurs décisions, qui n'ont véri-

tablement le caractère de jugement et ne sont exécutoires qu'après que le président du tribunal civil, au greffe duquel la minute de la décision arbitrale doit être déposée, l'a revêtue de l'ordonnance d'*exequatur*; — *Dans l'étendue des pouvoirs :* en ce que l'art. 639 du Code de commerce borne ceux des juges à la faculté *de juger définitivement et en dernier ressort,* du consentement des parties, tandis que, par l'art. 1019 du Code de procédure, il est permis aux arbitres, lorsqu'ils y sont autorisés par les parties, *de s'écarter des règles du droit*, pour prononcer comme *amiables compositeurs;* — Qu'il suit delà, 1°. que la Cour, bien loin d'être tenue d'ordonner l'exécution des actes des 3 et 11 août 1812, a dû déclarer les conventions qu'ils renferment nulles, comme illicites et contraires au droit public, auquel il n'est jamais permis aux particuliers de déroger; 2°. qu'elle a dû recevoir l'appel du jugement du 14 août, qui, à défaut de consentement valable des parties à être jugées en dernier ressort, n'avait pu être rendu qu'en première instance; 3°. enfin, qu'elle a dû, en statuant sur cet appel, annuler ce jugement du 14 août, comme un *acte informe,* qui, ainsi que le porte l'arrêt dénoncé, n'offre *ni les caractères d'une décision arbitrale*, *ni ceux d'un jugement* » (*Cass.*, sect. civ., 30 août 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 2 janvier 1813. *Sirey*, tom. XIII, 1er. part., pag. 30).

2131. Un jugement arbitral rendu sur quelques points hors des termes du compromis est nul

pour le tout, et non pas seulement pour les points où le compromis a été excédé. C'est ce qui résulte clairement de la généralité des termes de l'art. 1028 du Code de procédure, qui, sans distinguer, prononce, dans ce cas comme dans les autres dont il parle, *la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral* (Gênes, 2 juin 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 209. — Rennes, 14 avril 1810, cité par M. Paillet sur l'art. 1028 du Code de procéd. civ.).

TITRE SEIZIÈME.

De la Contrainte par corps.

2132. *Des causes qui donnent lieu à la contrainte par corps.*

2133. *Du stellionnat.*

2134. *Il y a stellionnat dans la vente, l'échange, ou l'hypothèque, d'un objet indivis, dont on ne déclare pas l'indivision, pourvu que la demande ait été intentée avant le partage qui mettrait l'objet dans le lot du propriétaire indivis.*

2135. *Il y a stellionnat dans la vente ou l'hypothèque consentie par le mari d'un immeuble dotal de sa femme, sans déclaration de la dotalité.*

2136. *Mais, en général, il faut, pour constituer le stellionnat, relativement aux hypothèques, une fausse déclaration, et non pas seulement un manque de déclaration.*

2137. *Le stellionnat a lieu même quand l'acte n'est que recognitif et souscrit bénévolement.*

2138. *Le stellionnat a lieu même quand l'acceptation de l'hypothèque a été faite sous une condition résolutoire et que le contrat est annulé, dès son principe, par l'événement de cette condition.*

2139. *Il n'y a pas lieu à la peine du stellionnat, lorsque l'hypothèque inscrite sur l'immeuble déclaré libre est rayée, de manière que le créancier n'éprouve aucun préjudice.*

2140. *Lorsque le stellionnat résulte de ce qu'un emprunteur a hypothéqué des immeubles qui n'étaient pas sa propriété, simultanément avec d'autres immeubles qui lui appartenaient, il est contraignable par corps pour la totalité de la somme empruntée, même quand il offre la valeur des immeubles hypothéqués frauduleusement.*

2141. *Un stellionnataire ne peut non plus se soustraire à la contrainte par corps en offrant à son créancier d'autres biens libres et suffisans pour sa sureté.*

2142. *Le stellionnat rend exigible le capital de la créance ; même celui d'une rente constituée.*

2143. *Le stellionnat n'emporte pas seul, et par lui-même, l'action en police correctionnelle.*

2132. Il importe au Notaire de connaître les cas qui, en matière civile, donnent lieu à la contrainte par corps, puisqu'il ne peut, à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts, recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée pour des cas autres que ceux qui sont déterminés par la loi (art. 2063 du Cod. civ.).

Ces cas sont spécifiés dans les art. 2059 à 2062.

2133. Le premier est le stellionnat (article 2059 du Code civ.). C'est aussi celui pour lequel la loi se montre le plus sévère, puisqu'elle permet de prononcer pour cette cause la contrainte par corps contre les personnes qu'elle excepte des autres causes de cette peine, les septuagénaires, les femmes et les filles (art. 2066). Et cette sévérité de la loi ne vient pas de ce que le stellionnat est un délit plus répréhensible en lui-même que plusieurs autres qui sont énoncés dans le Code : elle est fondée sur ce principe, que la peine des fautes ne doit pas être réglée sur la seule culpabilité, mais sur ce triple rapport de la culpabilité, du tort qu'elles causent, et de la difficulté qu'on éprouve à les prévenir ; or, peu de délits peuvent être plus difficilement prévenus que le stellionnat.

« Il y a stellionnat, dit l'art. 2059, lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; — Lorsqu'on présente

comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés.

Le mot de *stellionnat*, qui vient probablement de *stellio*, lézard, s'employait en droit romain dans une acception générale pour exprimer toutes espèces d'actions tortueuses, frauduleuses, de dol, qui n'étaient point désignées par une qualification spéciale (1); mais il s'employait aussi plus particulièrement dans une acception restreinte, à peu près semblable (2) à celle qu'il reçoit en droit français.

2134. Nous avons vu qu'il y a stellionnat dans la vente d'une chose indivise, tom. V, n°. 1646, ou dans l'échange d'une telle chose, tom. VI, n°. 1782, lorsque l'indivision n'a pas été déclarée. Il existe de même dans l'hypothèque consentie sur un objet indivis (Colmar, 31 mai 1820. J. P., 1er. de 1821, pag. 116).

Remarquons, toutefois, que, pour qu'il y ait lieu à la peine du stellionnat, il faut que la demande ait été intentée avant le partage qui mettrait l'objet dans le lot du propriétaire indivis; car autrement, ainsi que nous l'avons expliqué au n°. 1782,

---

(1) Stellionatum autem objici posse his qui dolo quid fecerunt, sciendum est : scilicet si aliud crimen non sit, quod objiciatur.... — Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus objiciemus. L. 3, §. 1, ff. *Stellion.*

(2) Maximè autem in his locum habet, si quis fortè rem alii obligatam, dissimulatâ obligatione, per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit, vel in solutum dederit : nàm hæ omnes species stellionatum continent. *Ibid*

la bâse de la nullité, le droit des autres co-propriétaires, est censée, par un effet rétroactif du partage, n'avoir jamais existé.

2135. Le bien dotal de la femme est, pour le mari, chose d'autrui; il y aurait donc, de sa part, stellionnat si, sans déclaration de la dotalité d'un tel bien, il le vendait (arrêt de la Cour de Riom du 30 novembre 1813 déjà cité tom. V, n° 1552), ou l'hypothéquait (Angers, 27 juillet 1814. J.P., 1er. de 1815, pag. 516. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 126. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part. pag. 8).

2136. On peut poser comme règle générale, sauf l'exception portée en l'art. 2136, dont il sera question au titre des hypothèques, qu'il faut, pour constituer le stellionnat, une fausse déclaration, mais non pas seulement un manque de déclaration relativement aux hypothèques qui subsistent sur les biens. C'est ce qui résulte des termes de l'art. 2059 du Code civil.

Ainsi jugé relativement à une constitution d'hypothèque (Bruxelles, 28 décembre 1809. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 209):

Et relativement à une vente où le vendeur avait même touché le prix (Aix, 5 janvier 1813. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 261.).

2137. Comme l'art. 2059 est conçu en termes généraux, et dès lors embrasse tous les cas où il y a fausse déclaration de propriété ou d'hypothèque, il s'en suit que la fausse déclaration, quoique faite dans un acte qui n'est que récognitif, n'est pas moins un stellionnat, et que le débiteur

ne peut pas être admis à alléguer qu'il n'était pas forcé de donner hypothèque, et qu'ainsi il n'est pas attaquable pour en avoir donné une fausse (Paris, 2 mai 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 94. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 355): car, admettant même qu'il ne fût pas forcé de faire l'acte récognitif, et de le faire tel qu'il a été fait, et avec l'hypothèque qu'il renferme, il n'en résulte pas, que le faisant, il ait pu le faire frauduleux.

2138. Le stellionnat a lieu même quand l'acceptation de l'hypothèque a été faite sous une condition résolutoire, et que le contrat est annulé dès son principe par l'événement de cette condition (arrêt de la Cour d'Angers du 27 juillet 1814, déjà cité n°. 2135); car la condition résolutoire a été ajoutée au contrat comme peine, pour augmenter les sûretés du créancier; elle ne doit dès-lors pas lui nuire en le privant du droit de réclamer la peine plus forte imposée par la loi pour le stellionnat, celle de la contrainte par corps.

2139. Il n'y a pas lieu à la peine du stellionnat lorsque l'hypothèque inscrite sur l'immeuble déclaré libre aura été rayée, de manière que le créancier n'éprouve aucun préjudice de cette hypothèque. La négative a été jugée par la Cour de Turin: « Attendu que la loi, en prononçant la contrainte par corps contre le débiteur qui a présenté comme libres des biens hypothéqués, a voulu punir la mauvaise foi de ce débiteur, et donner en même tems au créancier, dans la liberté personnelle de son débiteur, un gage qui pût lui profiter pour le re-

couvrement de la créance, puisque, par le dol du débiteur, il a été induit à accepter une hypothèque sur des biens qui, étant frappés d'autres hypothèques, ne lui présentent pas cette sûreté qu'il avait voulu se procurer; — Que delà il s'ensuit que, si l'hypothèque qui affectait les biens que le débiteur a déclarés libres, en vertu d'une radiation ou d'une déclaration passée par le créancier hypothécaire antérieur, ne présente plus des obstacles au second créancier, pour qu'il puisse exercer sur ces biens son droit d'hypothèque, tout comme s'ils eussent été réellement libres, tout motif de décerner contre son débiteur la contrainte par corps vient à cesser » (Turin, 28 avril 1818. *Sirey,* tom. XII, 2e. part., pag. 202).

2140. Mais lorsque le stellionnat résulte de ce qu'un emprunteur d'argent a hypothéqué, simultanément avec des immeubles qui lui appartiennent, d'autres immeubles qui ne sont pas sa propriété, il est contraignable par corps pour la totalité de la somme empruntée, et non pas seulement pour la valeur des immeubles hypothéqués frauduleusement, même quand il offrirait au créancier la valeur de ces immeubles (*Cass.*, sect. civ., 19 juin 1816, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen du 26 mai 1815. J. P., 1er. de 1817, pag. 300. — *Sirey,* tom. XVII, 1re part. pag., 32. — *Denevers,* tom. XIV, 1re. part., pag. 442). Il n'y a point contradiction entre cet arrêt et celui qui a été cité dans le numéro précédent. Ici le dommage n'est pas réputé avoir

cessé ; car, le créancier n'a prêté que sur la foi du gage offert, et non pas d'un autre, même équivalant.

2141. Par les mêmes raisons encore, un stellionnataire ne peut se soustraire à la contrainte par corps en offrant à son créancier d'autres biens libres et suffisans pour sûreté. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Paris antérieurement au Code civil (3 messidor an XI. J. P., 2e. de l'an XI, pag. 428), et depuis ce Code (8 janvier 1810. J. P., 3e. de 1810, pag. 54) : « Considérant, dit ce dernier arrêt, que l'action du créancier, pour l'application de la peine de la contrainte par corps, est indépendante de l'existence ou de la vérification de la valeur des immeubles hypothéqués, ou offerts depuis l'instance comme un nouveau gage de la même créance ».

2142. Comme dans le stellionnat il y a promesse d'une chose ou d'un droit qu'on ne peut livrer, ou du moins qu'on ne peut livrer tel qu'on l'a promis, il s'ensuit que le stellionnat doit entraîner la nullité de l'acte, qui se trouve alors manquer par la base ; qu'ainsi le créancier peut exiger son remboursement. Cette décision s'appuie aussi sur l'art. 1188 du Code civil, qui dit que « le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme ..... lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés données par le contrat à son créancier » : Et il en doit être évidemment de même lorsque les sûretés promises n'ont pas été données.

D'après ces principes, dans une espèce anté

rieure au Code civil, la Cour de Paris (arrêt du 2 mai 1809, déjà cité au n°. 2137) a jugé que le stellionnat dans un contrat de constitution de rente, rend le capital exigible : et c'est ce qui, par les mêmes motifs, devrait être également décidé sous le Code civil.

2143. Lorsque la fausse déclaration de propriété ou d'hypothèque n'est accompagnée d'aucune autre circonstance aggravante qui, suivant nos lois pénales, puisse autoriser une action en police correctionnelle, elle ne donne lieu qu'à l'action civile de stellionnat ; et la connaissance, suivant le Code civil, comme suivant la loi antérieure du 15 germinal an VI, n'en peut appartenir qu'aux tribunaux civils, quelque condamnable d'ailleurs que soit par elle-même la fausse déclaration. La raison en est que les tribunaux correctionnels ne peuvent être saisis d'une action qu'en vertu d'un texte de loi positif, et que la compétence des tribunaux est de droit public et étroit (*Cass.*, 9 vendémiaire an X, cassant un arrêt de la Cour de Paris. *Id.*, 2 mars 1809. — M. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v°. *Escroquerie*, n°. 8).

TITRE DIX-SEPTIÈME.

Du Nantissement.

Du gage. — De l'antichrèse.

2144. *De la nature et des diverses espèces de nantissement.*

2144. « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (art. 2071 du Code civ.).

« Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage*. Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse* » (art. 2072 du Code civ.) »

CHAPITRE PREMIER.

Du gage.

2145. *De ce que doit contenir l'acte de gage de livres.*

2146. *L'art. 2074 du Code civil est aussi applicable au gage en matière commerciale.*

2147. *La disposition de l'art. 2076 s'applique au gage de meubles incorporels, aussi bien qu'au gage de meubles corporels.*

2148. *Les frais de vente du gage sont à la charge du débiteur qui laisse vendre.*

2145. « Le gage confére au créancier le droit

de se faire payer, sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers (art. 2073 du Code civ.) ». La loi, en accordant ce droit au créancier, a dû prendre des précautions, exiger des formalités propres à constater que l'objet sur lequel le créancier réclame son privilège est bien effectivement celui qui a été donné en gage, et qu'aucune substitution n'a été faite. Tel est l'objet de l'art. 2074 du Code civil. « Ce privilège, dit-il, n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous-seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due; ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesures ». D'après cet article, et surtout d'après le but que les auteurs de la loi s'y sont proposé, l'on ne saurait douter que l'acte portant remise de livres à titre de gage ne doive, à peine de nullité, contenir, non pas seulement le nombre des volumes, mais encore le catalogue et la description de ces volumes, de leurs nature, formats, éditions et autres signes caractéristiques de leur valeur (*Cass.*, sect. civ., 4 mars 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 8 juin 1809. J. P., 2e. de 1811, pag. 161—*Sirey*, tom. XI, 1re. part. pag. 185.—*Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 166).

2146 L'art. 2074 du Code civil, cité au numéro précédent, est aussi applicable au gage en matière commerciale : « Considérant que cette disposition du Code civil, conforme à ce qui était prescrit dans l'ancienne législation commerciale

par l'art. 8 du tit. VI de l'ordonnance de 1673, est maintenant applicable à tous les nantissemens sans distinction, comme toutes les lois composant le Code civil, le sont, dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale; que la preuve que cette disposition du Code civil est maintenant applicable aux nantissemens en matière commerciale résulte encore, soit de ce que l'exception qui, dans l'art. 2084, avait été faite aux art. 2075 et 2074, relativement aux lois particulières au commerce dont il ordonnait l'exécution, est devenue sans objet par l'abrogation que l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807 a prononcée des lois anciennes du commerce, soit de ce que le Code de commerce, qui a remplacé ces lois anciennes, et qui a été promulgué postérieurement au Code civil, ne contient ni exception ni dérogation aux art. 2073 et 2074 dudit Code, soit enfin de ce que, après avoir statué par l'art. 535 du Code de commerce, que les seuls créanciers nantis *valablement* auront privilège, le législateur a déclaré, dans l'art. 95 du même Code, que les commissionnaires résidant dans le même lieu que leur commettant, n'auraient privilége sur les marchandises déposées et consignées qu'en se conformant aux dispositions prescrites par le Code civil, pour les prêts sur gages ou nantissemens; que delà il suit que, en accordant au sieur.... (le créancier gagiste) le privilége d'être payé avant les autres créanciers sur le prix des vingt-quatre pièces de draps qui lui avaient été remises en nantissement par le

sieur.....(le débiteur), quoique n'y ayant pas eu d'acte public ou sous-seing privé de ce nantissement, et qu'ainsi le (créancier gagiste) ne fut pas valablement nanti, la Cour royale a fait une fausse application tant de l'art. 2084 du Code civil que de l'art 109 du Code de commerce, sur lesquels elle a motivé sa décision, et expressément violé les art. 2073 et 2074 du Code civil, et l'art. 535 du Code de commerce ». (*Cass.*, sect. civ., 5 juillet 1820, cassant un arrêt de la Cour de Montpellier du 6 mai 1818. J. P., 1er. de 1821, pag. 191).

2147. L'art. 2075 décide que le gage sur les meubles incorporels tels que les créances mobilières « ne s'établit que par acte public ou sous-seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ». D'après cet article, la tradition ne serait point exigée. Mais l'art. 2076 ajoute : « Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu» ; et l'art. 1607 avait déjà fixé ce mode de tradition de droits incorporels. La généralité des expressions de l'art. 2076 fait voir qu'il s'applique aux meubles incorporels, aussi bien qu'aux meubles corporels ; et cette disposition nous paraît sage. Car la signification de l'acte de gage serait suffisante pour que le débiteur fût averti de ce gage et connût la personne à laquelle il aura à payer ; mais elle ne serait pas suffisante, elle serait sans effet pour empêcher que le propriétaire de la créance,

toujours possesseur du titre, ne trompât d'autres tiers en la leur donnant encore en gage ; et c'est pour ce motif que la loi a exigé, de sa part, le dessaisissement du titre. A la vérité, dans le cas où l'acte de sa créance est notarié, après en avoir remis la grosse en gage, il pourra s'en faire délivrer une seconde comme ayant adhiré la première, et aura par conséquent toujours son titre entre les mains ; mais de ce que la précaution ordonnée par la loi peut être trompée, dans ce cas, par une supercherie, son ordre n'en reste pas moins positif et obligatoire. Ainsi la Cour de Liège (15 mai 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 575. — *Sirey,* tom. XI, 2e. part., pag. 54) a annulé, faute de tradition du titre constitutif, le gage d'une créance notariée.

2148. Comme les objets donnés en gage ne sont vendus qu'à cause du défaut de paiement de la part du débiteur, et dès-lors par sa faute ; comme d'ailleurs le créancier, en recevant un objet en gage, loin de faire une remise sur la dette, a voulu s'assurer son entier paiement, il est clair que les frais de vente du gage sont à la charge du débiteur qui laisse vendre le gage, et que le créancier qui a fait procéder à la vente ne doit compte du prix et de tout ce qu'il peut avoir perçu que sous la déduction des frais de poursuite (*Cass.*, sect. crim., 12 mai 1813, cassant un arrêt de la Cour de Rouen du 1er. février 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 129).

CHAPITRE II.

De l'antichrèse.

2149. *Origine de l'antichrèse. Effet de ce pacte chez les Romains et dans les pays de droit écrit où il était reçu.*

2150. *Modification apportée par le Code civil aux effets de l'antichrèse du droit romain.*

2151. *Il faut distinguer l'antichrèse du contrat pignoratif. Effets de ce dernier contrat chez les Romains et dans l'ancienne jurisprudence française.*

2152. *Le contrat pignoratif n'est pas reçu par le Code civil.* Une vente à titre d'antichrèse à toujours rachetable *n'est ni une antichrèse ni un contrat pignoratif, mais une vente à reméré, sujette au droit d'enregistrement des ventes, et non à celui des nantissemens.*

2149. L'antichrèse tire son origine du droit romain. Avant le Code civil, et dans les pays de droit écrit où ce pacte était reçu, on le définissait « une espèce d'engagement, avec convention que le créancier jouira du revenu de la chose engagée, pour l'intérêt de son argent, *mutuus pignoris usus pro credito* ». L. 11, §. I, ff. *de Pign. et hyp.* Voyez aussi la loi 17, *C. de Usur.*

La compensation entre l'intérêt de la créance et la totalité des fruits du fond avait lieu, à moins de convention contraire, même quand ces fruits auraient excédé de quelque chose l'intérêt ordinaire, et cela à cause de l'incertitude qui existe dans la perception des fruits (1). Pothier, *Traité*

(1) Oleo quidem, vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti

du Nantissement, n°. 20, dit que notre jurisprudence française réprouvait cette convention : mais ceci ne doit s'entendre que de la jurisprudence du Parlement de Paris et de quelques autres dans lesquels dominait le droit coutumier (*Voy.* Rousseaud-de-Lacombe, v°. *Antichrèse*, n°. 1, et son *Traité des Mat. canon. et benef.*, v°. *Usure.*

2150. Le Code civil, en admettant l'antichrèse, a modifié le droit romain, en ce sens que les fruits du fonds ne se compensent plus totalement avec les intérêts, et ne tiennent pas lieu seulement d'intérêts, mais doivent s'imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et ensuite sur le capital de la créance (art. 2085), à moins que les parties n'aient stipulé la compensation totale avec les intérêts ou jusqu'à une certaine concurrence (art. 2089).

2151. Il ne faut pas confondre l'antichrèse avec le contrat pignoratif, qui était une autre espèce d'engagement par lequel le débiteur vendait son héritage au créancier afin d'en percevoir les fruits pour l'intérêt de sa créance, avec faculté de rachat perpétuel (Le Prêtre, *Cent.* 4, ch. X ;) ou même à tems, (Rousseaud-de-Lacombe, *Eod.*, n°. 2). Ce dernier contrat, malgré l'expression de *vente*, n'emportait pas vente du fonds, mais seulement de la possession et du droit d'en

---

pretii ratio, additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti. L. 23, *C. de Usuris.*

percevoir les fruits. Aussi décidait-on que, à l'exemple du fermier, le créancier ni ses héritiers ne pouvaient prescrire la propriété (Le Prêtre, *Eod.*, n°. 2). L'on jugeait même que la vente de propriété n'était qu'un contrat pignoratif quand trois choses s'y rencontraient, la faculté de rachat, la vilité du prix, et la relocation au vendeur ou à une personne présumée interposée (Brodeau, *lettre* P, n°. 11) : mais cette jurisprudence, introduite par les jurisconsultes français, en haine de l'usure, était étrangère au droit romain, qui permettait le prêt à intérêt; et elle a cessé nécessairement avec la loi des 3-12 octobre 1789, qui a permis de prêter l'argent à terme fixe avec stipulation d'intérêts. Dès-lors la vente à réméré de la propriété avec relocation au vendeur n'a plus dû être considérée, au moins par le seul fait de cette relocation, comme un contrat pignoratif (*Cass.*, sect. civ., 6 frimaire an VIII, cassant un jug. du trib. civil du département des Vosges du 8 messidor an V. *Sirey*, tom. Ier., 1re part., pag. 270. — *Id.*, 24 fructidor an VIII, rej. le pourv. contre un jug. du trib. civil du départ. de Saône-et-Loire. *Sirey*, tom. Ier., 1re. part., pag. 343).

Dès-lors aussi, on a pu prescrire contre la faculté de rachat en vertu d'une telle vente (même arrêt, du 24 fructidor an VIII).

Cependant nous avons cité, tom. V, n°. 1725, un arrêt beaucoup plus récent de la Cour de cassation du 18 janvier 1814, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Metz du 23 juin

1812, qui avait annulé, comme contrat de prêt déguisé et usuraire, une vente à réméré faite à un juif, et s'était fondée sur ce qu'on y trouvait tous les caractères de l'impignoration; vilité du prix, continuation de jouissance des vendeurs, et stipulation des intérêts du prix. Mais la Cour de cassation, comme nous l'avons dit, a fondé son rejet sur ce que la Cour de Metz avait pu, sans contrevenir à aucune loi, décider d'après les circonstances énoncées dans les motifs de son arrêt, que l'acte dont il s'agissait n'était qu'un prêt déguisé. Ainsi, sa décision n'exclut pas en principe la vente à réméré avec relocation au vendeur.

2152. Le Code civil n'ayant point admis d'autre nantissement immobilier que l'antichrèse, le contrat pignoratif des Romains ne peut plus être stipulé parmi nous, ou du moins s'il était stipulé, il n'aurait point les effets que lui attribuaient les lois romaines ou l'ancienne jurisprudence des pays de droit écrit. Il faudrait, selon la nature des clauses, et en consultant plutôt l'intention des parties que les termes dont elles se seraient servies, ranger le contrat ou dans les ventes à réméré, ou dans les contrats d'antichrèse, ou ne le considérer, comme a fait le Cour de Metz, par l'arrêt ci-dessus cité, que comme un prêt usuraire déguisé. Ainsi *la vente à titre d'antichrèse à toujours rachetable*, participant plus de la vente que de l'antichrèse proprement dite, sera classée, pour la perception du droit d'enregistrement, dans les ventes à réméré, et non dans les simples

nantissemens immobiliers (*Cass.*, sect. civ., 4 mars 1807, cassant un jug. du trib. civ. d'Espalion du 16 frimaire an XIV. *Sirey*, tom. VII, 2ᵉ. part., pag. 237); et la faculté de réméré y sera nécessairement prescrite par cinq années (*Voyez*, sur les autres clauses qui peuvent constituer une vente ou une antichrèse, le tom. V, nᵒˢ. 1558 et 1726).

TITRE DIX-HUITIÈME.

Des Priviléges et Hypothèques.

Dispositions générales. — Des priviléges. — Des hypothèques. — Du mode de l'inscription des priviléges et hypothèques. — De la radiation et réduction des inscriptions. — De l'effet des priviléges et hypothèques contre les tiers détenteurs. — De l'extinction des priviléges et hypothèques. — Du mode de purger les propriétés des priviléges et hypothèques. — Du mode de purger les hypothèques, quand il n'existe pas d'inscriptions sur les biens des maris et des tuteurs. — De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

2153. *L'obligation personnelle suit partout la personne du débiteur, et après lui la personne de ceux qui lui succèdent pleinement.*

2154. *Elle engage tous ses biens présens et à venir; mais ne les suit pas hors de ses mains, si ce n'est en celles de ses successeurs à titre universel.*

2155. *L'obligation réelle suit les biens en quelques mains qu'ils passent.*

2156. *Les priviléges et les hypothèques sont des droits particuliers de gage, qui donnent la préférence à certains créanciers sur les autres, et dont la plupart, notamment les hypothèques, suivent les biens engagés.*

2153. Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son obligation (1), soit qu'il ait ou n'ait pas de biens, soit que les biens qu'il a affectés à l'obligation lui appartiennent encore, ou aient cessé de lui appartenir. Cette obligation est inhérente à sa personne; elle la suit partout, elle est attachée à sa chair et à ses os, suivant l'expression de Ricard; et, lorsque la personne cesse d'exister, l'obligation s'attache de la même manière à la personne de ceux qui lui succèdent pleinement, c'est-à-dire qui ne succèdent pas seulement aux biens du débiteur, mais au débiteur même, qui le remplacent dans l'ordre civil.

2154. Tous les biens mobiliers ou immobiliers, présens et à venir de celui qui s'était obligé personnellement répondent de son engagement (art. 2092 du Cod. civ.).

Les biens du débiteur sont donc civilement le gage commun de ses créanciers, et, s'il n'y a entre ceux-ci aucune cause légitime de préférence, le prix doit s'en distribuer entr'eux par contribution (art. 2093), c'est-à-dire au marc le franc de leurs créances. Remarquons que ce ne sont pas les biens mêmes du débiteur qui se distribuent entre les créanciers, mais le prix de ces

(1) Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. Instit. *de Obligat. in princ.*

biens. La raison en est simple ; les biens ne font que répondre de la dette, n'en sont que le gage, ne sont qu'un moyen pour en procurer le paiement, en un mot, les biens ne sont pas dûs, mais seulement engagés ; le créancier n'a donc pas d'action pour se faire adjuger les biens, mais seulement pour les faire vendre à l'effet d'être payé sur le prix.

L'obligation personnelle ne suit pas, en général, les biens du débiteur, comme elle suit sa personne, sauf les cas de gages particuliers dont nous parlerons ci-après ; elle ne demeure inhérente à ses biens que tant qu'ils lui appartiennent, ou qu'ils passent, à titre universel, à d'autres personnes, parce qu'ils ne sont obligés à la dette que comme appartenant au débiteur. Sitôt donc qu'ils cessent de lui appartenir ou d'appartenir à ses successeurs à titre universel, ils cessent de répondre de la dette. Mais réciproquement les biens qui échcoient au débiteur après la naissance de l'obligation en deviennent le gage, comme ceux qui lui appartenaient dès-lors et qu'il possède encore. Cette nature d'engagement n'empêche donc pas le débiteur de disposer à titre singulier du gage, au préjudice de ses créanciers, de le soustraire à leur action, tant que l'action n'a pas été intentée et n'a pas saisi le gage. Si le créancier conserve encore la faculté de former opposition sur le prix tant qu'il est dû et qu'un tiers n'en a pas été saisi par un transport, dûment accepté ou signifié, c'est que le prix remplace la chose aliénée, et est au rang des biens du ven-

deur qui n'en a pas encore valablement disposé.

2155. Il en est autrement de l'obligation réelle. Elle suit le bien en quelques mains qu'il passe, et y demeure toujours attachée, jusqu'à ce qu'elle soit éteinte, ou que le bien en soit purgé ou affranchi. Telles sont les servitudes dues par un fonds, les hypothèques et la plupart des priviléges.

2156. Non-seulement les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; mais encore ils peuvent être le gage particulier de plusieurs d'entr'eux. Alors le prix n'en est plus distribué par contribution entre tous les créanciers. Il est attribué par préférence à ceux qui ont ce droit particulier de gage sur le bien vendu.

La loi désigne sous les dénominations générales de *nantissement*, de *priviléges* ou d'*hypothèques*, tous les droits particuliers de gage qu'elle accorde sur les biens du débiteur. Nous nous sommes occupés, dans le titre précédent, du Nantissement, qui se subdivise en *gage* proprement dit, et en *antichrèse*. Nous allons traiter, dans celui ci, des Priviléges et des Hypothèques.

Ces droits, donnant une préférence à certains créanciers sur d'autres, ne peuvent, par cela même, résulter que d'une disposition expresse de la loi ou d'une convention expressément reconnue par elle. C'est dans ce sens que le Code civil, art. 2094, les appelle *causes légitimes de préférence*. Ils ne donnent, au surplus, comme le droit de gage commun, qu'une action pour faire vendre le bien engagé à l'effet d'être payé

sur le prix, sauf le droit de préférence dont nous venons de parler, et sauf le droit de suite attaché à toutes les hypothèques et à la plupart des priviléges ; droits dont nous aurons occasion d'expliquer plus loin les effets.

CHAPITRE II.

Des priviléges.

Règles générales sur les priviléges. — Des priviléges sur les meubles. — Des priviléges sur les immeubles. — Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles. — Comment se conservent les priviléges.

Règles générales sur les priviléges.

2157. *De la nature des priviléges, et du rang qu'ils donnent aux créanciers privilégiés.*

2158. *L'art. 2098 du Code civil ne déroge pas, pour le trésor ou pour la régie des domaines, aux règles générales sur la publicité des priviléges et hypothèques.*

2159. *Division des priviléges.*

2157. « Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires » (art. 2095 du Code civ.).

Les priviléges prennent rang, non à raison de leur date, mais à raison de la nature de la créance (1). Ainsi « entre les créanciers privilé-

---

(1) Privilegia non tempore æstimantur, sed ex causâ. L. 32, ff. *de Reb. auct. jud. possid.* —Interdum posterior potior est priori. L. 5, ff. *Qui potior.*

giés la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges » (art. 2096). Et les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence (art. 2097 du Code civ.), quelque différence de date qu'il y ait entre leurs créances (1).

2158. « Le privilége, à raison des droits du trésor public, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent. — Le trésor public ne peut cependant obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers » (art. 2098 du Code civ.).

Cet article, en renvoyant aux lois qui concernent le privilége du trésor, n'a pas entendu déroger en général au principe de publicité, qui fait la base de notre législation sur les priviléges et les hypothèques. Lors donc qu'aucune loi postérieure au Code n'a dérogé spécialement à ce principe en faveur du droit que le trésor prétend exercer, on doit décider que ce droit est soumis, comme les autres priviléges, en général, à la formalité de l'inscription. Ainsi la régie qui n'a pas pris inscription au plus tard dans la quinzaine de la transcription (art. 834 du Code de procéd. civ.), pour conserver le droit de suite qu'elle a sur les revenus de la succession, à raison des droits de mutation par décès qui lui sont dûs, n'a plus de recours contre l'acquéreur des immeubles de cette succession qui a payé le prix de

---

(1) Et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. L. 32, ff. *de Reb. auct. jud. possid.*

son acquisition (*Cass.*, sect. civ., 8 mai 1811, cassant un jug. du trib. de Bagnères du 10 février 1809.—*Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 464.—*Voyez* les arrêts que nous avons cités tom. III, nos. 926 et 927).

2159. On divise les priviléges en priviléges sur les meubles et priviléges sur les immeubles (art. 2099 du C.C.). Nous ne nous occuperons des priviléges sur les meubles, qu'autant qu'ils peuvent être l'objet d'une convention notariée; et, ayant déjà traité du gage mobilier au Titre XVII, nous ne reviendrons plus sur cette espèce particulière de privilége.

SECTION PREMIÈRE.

Des priviléges sur les meubles.

2160. *Le locataire ou fermier qui est en jouissance de son bail, et sur lequel il n'y a point de saisie, peut, en laissant quantité suffisante de meubles pour répondre des loyers ou fermages, disposer librement du surplus.*

2161. *Le droit du propriétaire ne va jamais jusqu'à pouvoir s'opposer à la vente sur saisie, et consiste seulement dans un privilége sur le prix des objets saisis.*

2162. *Le propriétaire, qui vend la coupe d'un bois, conserve son privilége sur le bois coupé, quoique transporté sur un port pour y être vendu, et quoique l'acheteur soit commerçant.*

2160. L'art. 1752 du Code civil, assujettissant seulement le locataire à garnir les lieux de meubles suffisans pour répondre du loyer, le propriétaire, tant qu'il reste dans les lieux des

meubles suffisans pour cet objet, n'a point le droit de s'opposer à la vente que le locataire ferait du surplus ; et, lorsque cette vente a eu lieu, le privilége du propriétaire ne doit s'exercer que pour les loyers ou fermages échus, et non pour ceux à écheoir, qui sont garantis par les meubles restans (*Cass.*, sect. civ., 8 décembre 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bourges. J. P., 1er. de 1807, pag. 321.—*Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag, 52. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 52). Envain, pour établir la prétention contraire, argumenterait-t-on de l'art. 2102 du Code civil, qui accorde privilége au propriétaire pour ses loyers et fermages.... sur le prix de *tout* ce qui garnit la maison louée ou la ferme... pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à écheoir, si les baux sont authentiques ». Cet article suppose un concours de créanciers, et le cas où le locataire ou fermier a quitté les lieux ou bien celui où les choses qui les garnissent sont saisies. Aussi accorde-t-il aux autres créanciers, comme substitués à leur débiteur, « le droit de relouer et de faire leur profit des baux ». Il n'est donc pas applicable au cas où le locataire ou fermier est encore en jouissance de son bail, et laisse quantité suffisante de meubles pour répondre des loyers à écheoir. Autrement, il en résulterait la conséquence inadmissible que le locataire ou fermier ne pourrait déplacer ni changer un seul meuble sans le consentement du propriétaire, bien qu'il eût obéi à l'art 1752, en laissant assez de meubles pour garantir

les loyers échus et non payés et ceux à écheoir ; il en résulterait que le propriétaire aurait une action quoiqu'il fût sans intérêt, ce qui violerait le principe incontesté que l'intérêt est la mesure de l'action. Aussi la Cour de Paris (2 octobre 1806. J. P., 2e. de 1806, pag. 511. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 30. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 30) nous paraît-elle avoir mal saisi et mal appliqué l'art. 2102, en refusant à un locataire, qui offrait de laisser des meubles suffisans pour répondre de tous les loyers à écheoir, le droit d'enlever le surplus.

1261. Ajoutons que le droit du propriétaire ne va jamais jusqu'à pouvoir s'opposer à la vente sur saisie des meubles de son locataire, mais consiste dans un simple privilége sur le prix des choses saisies (*Cass.*, sect. civ., 16 août 1814, cassant un jug. du trib. civil de Bourges. *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 93). C'est ce qui résulte des expressions de l'art. 2102 du Code civil, citées au numéro précédent, et surtout de l'art. 609 du Code de procédure civile (1).

2162. Le commerce, comme le porte son nom, se compose d'échanges, d'achats et de ventes,

---

(1) « Les créanciers du saisi, pour quelque cause que ce soit, même pour loyer, ne pourront former opposition que sur le prix de la vente : leurs oppositions en contiendront les causes ; elles seront signifiées au saisissant et à l'huissier ou autre officier chargé de la vente, avec élection de domicile dans le lieu où la saisie est faite, si l'opposant n'y est pas domicilié : le tout à peine de nullité des oppositions, et de dommages-intérêts contre l'huissier, s'il y a lieu » (art. 609 du Code de procéd. civ.).

de ventes d'objets achetés pour être vendus. La vente qu'un propriétaire fait d'objets provenant de sa propriété, la vente de ses récoltes de fruits ou de ses coupes de bois, n'est donc pas, à son égard, un acte de commerce, mais un acte civil, que l'acquéreur soit ou non commerçant (art. 638 du Code de comm.). Dès-lors la contestation survenue sur un pareil acte doit, à son égard, être régie par les principes du droit civil qui est le droit général, et non par ceux du Code de commerce, qui n'est que d'exception, et qui, par-là même, n'est applicable qu'aux seuls actes de commerce. L'art. 2102, §. IV, du Code civil, accorde au vendeur un privilége sur la chose vendue, tant qu'elle se trouve entre les mains de l'acheteur. Ainsi le propriétaire qui vend à un marchand la coupe d'un bois, conserve son privilége sur les bois coupés, bien qu'ils ne soient plus dans la forêt, et qu'ils aient été transportés sur un port pour y être vendus ; et l'on ne peut exiger de lui les conditions requises par les art. 577, 578 et 579 du Code de commerce, puisque ce Code n'est applicable qu'aux actes de commerce (Dijon, 6 février 1819, J. P., 3e. de 1819, pag. 221).

La faillite de l'acheteur, survenue depuis la vente, n'empêchera pas ce privilége de subsister, et ne donnera pas aux créanciers le droit de revendiquer ces bois au profit de la masse ; car cette faillite ne peut rien changer à un droit acquis antérieurement à son ouverture, et ne peut pas plus détruire le privilége d'un vendeur d'effets

mobiliers que le droit d'hypothèque d'un créancier inscrit sur un immeuble (même arrêt).

SECTION II.

Des priviléges sur les immeubles.

2163. *Le vendeur a même rang de privilége pour tous les intérêts du prix de la vente, que pour le capital.*

2164. *L'échangiste n'a point le privilége du vendeur pour l'action en garantie de la chose reçue en échange.*

2165. *Le vendeur ne peut ni disposer ni donner main-levée de l'inscription d'office au préjudice du bailleur de fonds subrogé régulièrement dans les droits d'un créancier colloqué sur le prix de la vente.*

2166. *Celui qui a fourni les fonds pour l'exercice du réméré, et qui, en conséquence, a été subrogé dans les droits de l'acquéreur à réméré, est préféré, pour son remboursement, aux créanciers du vendeur ou des autres acquéreurs du même bien, dont les hypothèques sont postérieures à la vente à réméré.*

2167. *La subrogation consentie par quittance sous seing-privée, qui n'a acquis date certaine qu'après la main-levée donnée par le créancier subrogeant, ne peut être opposée aux autres créanciers inscrits qui, en vertu de la main-levée, ont acquis, avant cette date, des droits à la radiation de l'inscription.*

2168. *La subrogation, qui a lieu au profit de ceux qui prêtent leurs deniers pour l'acquisition d'un immeuble ne peut être étendue à l'acquéreur qui a stipulé l'emploi du prix en acquisition d'autres immeubles pour lui servir de garantie.*

2169. *Le privilége du constructeur doit être préféré au privilége du vendeur sur la plus-value résultante des constructions.*

2163. L'art. 2103 du Code civil accorde un

privilége au vendeur pour le paiement du *prix* : et l'art. 2108 parle également du *prix* qui est dû au vendeur. La question se présente alors de savoir ce que la loi a entendu par le mot de *prix* ; s'il renferme et le capital et les intérêts ; si dès-lors le vendeur, dont le privilége a été conservé de la manière prescrite par la loi, doit ou non être colloqué à la date du contrat de vente, non-seulement pour son capital, mais encore pour tous les intérêts échus. D'après le simple raisonnement, le prix est ce qui est dû pour la cession de l'objet vendu ; ce qui est dû se compose de capital et d'intérêts ; le capital et tous les intérêts échus forment donc également le *prix* ; le privilége accordé l'est donc pour tous les intérêts échus. D'après l'équité, le même motif qui fait accorder le privilége pour la somme capitale, parce qu'elle est représentative de l'immeuble, doit le faire accorder pour la somme des intérêts, qui sont représentatifs de la jouissance des fruits de l'immeuble ; et, d'après le droit commun, les intérêts d'une créance en forment un accessoire, sont de même nature, et participent aux mêmes avantages. Aussi, dans l'ancienne jurisprudence, les intérêts du capital de la vente, sans aucune restriction, avaient-ils le même rang et le même privilége que le capital. Telle doit être aussi la décision sous le nouveau droit, où il n'existe aucune disposition spéciale qui l'ait modifiée (*Cass.*, sect. civ., 5 mars 1816, cassant un arrêt de la Cour de Rennes du 2 avril 1814. J.P., 3e. de 1816, pag. 9. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 171. — *Dene-*

vers, tom. XIV, 1re. part., pag. 151. — *Id.*, sect. réunies, 1er. mai 1817. J. P., 2e. de 1817, pag. 476, cassant un arrêt de la Cour d'Angers du 12 juillet 1816, à laquelle l'affaire avait été renvoyée. *Sirey,* tom. XVII, 1re. part., pag. 199. — *Denevers,* tom. XV, 1re. part., pag. 241. — Paris, 31 janvier 1818, où l'affaire a été renvoyée en dernier lieu. J. P., 2e. de 1818, pag. 91.—*Sirey,* tom. XVIII, 2e. part., pag. 233). On argumente en vain de l'art. 2151 du Code civil, qui n'étend l'effet de l'hypothèque prise pour un capital qu'à deux années et l'année courante: « attendu que, si cet article s'est écarté du principe de la réunion du capital aux intérêts, la disposition par laquelle il l'a modifié, est restreinte aux intérêts des créances, simplement hypothécaires, puisqu'elle porte en termes exprès que les intérêts sur lesquels elle statue *auront même rang d'hypothèques que les capitaux*, et que, en conséquence, il ne peut être permis d'étendre et d'appliquer arbitrairement cette disposition aux intérêts du capital dû au vendeur, puisque ce capital n'a pas un simple rang par hypothèque, mais un rang par privilége lorsque l'acte de vente a été transcrit: que, dans toutes ses dispositions, le Code civil a distingué les créances privilégiées des créances hypothécaires; que, dans le chapitre où se trouve inséré l'art. 2151, et auquel il a été donné un titre qui énonce séparément les priviléges et les hypothéques, le législateur a expressément dénommé les priviléges dans les dispositions qu'il a voulu leur appliquer,

et qu'on doit en conclure qu'il n'a voulu appliquer qu'aux créances hypothécaires, les dispositions dans lesquelles il n'a dénommé que les hypothèques » (Considérans de l'arrêt de Cassation du 1er. mai 1817, cité plus haut). Cette distinction est d'autant plus juste que le rang des priviléges n'est pas fixé, comme celui des hypothèques, par la date de l'inscription ou de la transcription; que le vendeur conservant son droit sur un objet qui n'a cessé d'être à lui que sous la condition du paiement est dans une position beaucoup plus favorable que le prêteur acquièrant une hypothèque sur un objet qui ne lui a jamais appartenu; et l'unité du privilége du vendeur, pour les intérêts comme pour le capital, doit d'autant plus être considérée comme étant de l'essence même du contrat; que ce privilége est une conséquence nécessaire de la faculté que l'art. 1654 du Code civil accorde au vendeur de faire prononcer la résiliation de la vente, faute de paiement du prix. Car le privilége du vendeur et l'action en résiliation de la vente, faute de paiement, ont leur source dans le même principe, qui ne répute l'acquéreur propriétaire de la chose vendue qu'après qu'il a payé le prix en principal et intérêts. Cet art. 1654 nous fournit encore un autre argument. Il autorise la demande en résiliation faute de paiement du *prix*, sans définir ce qu'il entend par le mot de *prix*; et le seul paiement des intérêts serait une cause suffisante de résolution: or, si le mot de *prix* a cette signification éten-

due dans l'art. 1654, qui consacre le droit le plus rigoureux, comment ne l'aurait-il pas dans l'art. 2108, où il ne s'agit que d'un simple droit de préférence ? L'on ne peut pas non plus dire, que les tiers qui auront contracté avec l'acquéreur se trouveront lésés par la négligence du vendeur, qui aura laissé accumuler des intérêts dont ils n'auront pu avoir connaissance : « attendu que le système de publicité des hypothèques ne peut être invoqué contre le vendeur, du moins, par de simples créanciers, puisqu'il n'y a pas de terme fixé pour la transcription qui conserve le privilége du vendeur, et que, même sans transcription de la première vente, mais en prenant l'inscription dans la quinzaine de la transcription de la deuxième vente (art. 834 du Code de pr.), le premier vendeur conserve encore son privilége avant tous les créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, quoique dans l'un et l'autre cas, le privilége du vendeur n'ait pas été rendu public avant les inscriptions prises par les créanciers hypothécaires » (Considérans du même arrêt.).

La doctrine des Cours de Rennes et d'Angers, dont les arrêts ont été cassés, a été aussi suivie par la Cour de Nîmes (12 décembre 1811. J. P., 2e. de 1812, pag. 336.), et est professée par MM. Delvincourt, *Cours de Droit civil*, tom. I et II, pag. 226 et 630, et Persil, *Régime hypothécaire*, 2e. édit., tom. I et II, pag. 141 et 71.

Qu'on observe toutefois qu'il ne s'agit pas, dans toute cette discussion, du cas où l'exception de prescription pourrait être opposée contre ces

intérêts. La question de savoir par quel délai ils se prescrivent sera traitée au titre *de la Prescription*.

2164. Quelqu'analogie qu'il y ait entre l'échange et la vente, et quoique, à certains égards, chaque objet reçu en échange puisse être considéré comme le prix de l'objet donné en contre-échange, l'échangiste ne peut cependant prétendre au même privilége que le vendeur, et à une collocation éventuelle, pour garantie de la chose reçue, sous le prétexte qu'elle n'est que le prix de celle qu'il a donnée. D'abord, ce qu'on appelle *prix de vente* ne peut consister qu'en argent ou signes monétaires; et, en second lieu, en supposant que l'analogie put autoriser à admettre ici la fiction et à enfreindre la règle que les priviléges sont de droit étroit et ne peuvent être étendus d'un cas à un autre, il existerait encore un obstacle à l'application du privilége dans cette seule raison, que la chose reçue en échange ne peut pas être assimilée à un prix encore dû. Voudra-t-on y assimiler la garantie due pour le cas d'éviction? Mais cette garantie ne donne lieu qu'à une action en dommages-intérêts; et ce serait créér une nouvelle espèce de privilège que de transporter à cette action celui que la loi attache au prix de la vente. La soulte, ou le retour dû en argent, peut seule être considéré comme un prix de vente, et comme susceptible du même privilége, parce que, dans l'échange, il n'y a chose donnée contre de l'argent et, parconséquent, chose rendue, que l'excédent de chose en compensation

duquel la soulte ou le retour a été stipulé (Turin, 10 juillet 1813. J. P., 2e. de 1814, pag. 118. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 13).

2165. Le bailleur de fonds qui a fourni ses deniers à l'acquéreur d'un immeuble pour rembourser un créancier hypothécaire du vendeur, et qui a été subrogé régulièrement dans les droits de ce créancier devient propriétaire de l'inscription d'office, jusqu'à concurrence de la collocation dans l'ordre faite au profit du créancier remboursé; et le vendeur ne peut plus disposer ni donner main-levée de cette inscription au préjudice du bailleur de fonds. C'est ce qui résulte 1°. de l'art. 773 du Code de procédure civile, suivant lequel l'inscription d'office ne peut être déchargée qu'à mesure du paiement des collocations, et sur la représentation du bordereau et de la quittance des créanciers; 2°. de l'art. 774 du même Code, qui ne permet la radiation définitive de l'inscription d'office, lorsque le prix de l'immeuble vendu a été la matière d'un ordre, qu'après la justification du paiement de la totalité des collocations. On ne peut en effet expliquer cette nécessité de justifier du paiement des collocations, pour obtenir la radiation, soit partielle, soit totale, de l'inscription d'office, qu'en admettant le principe que, par l'effet seul de la collocation, l'inscription d'office devient, jusqu'à due concurrence, la chose même du créancier colloqué: ce qui d'ailleurs est conforme à la nature de l'inscription d'office, et à celle du droit

conféré par la collocation ; car, la collocation transférant au créancier le prix même ou partie du prix de la vente, et l'inscription d'office n'étant qu'un acte conservatoire du privilége attaché à ce prix, il est clair que la propriété de cette inscription passe avec celle du prix, en la personne du créancier colloqué. Il faut donc considérer comme nulle, et n'ayant pu nuire au prêteur subrogé dans les droits du créancier colloqué, la main-levée que le vendeur a donnée de l'inscription d'office lors du paiement avec subrogation faite à ce créancier (Paris, 11 janvier 1816. J. P., 2ᵉ. de 1816, pag. 258. — *Sirey*, tom. XVII, 2ᵉ. part., pag. 7).

2166. Lorsque le bailleur de fonds, dont les deniers ont servi à exercer un réméré, a été subrogé dans tous les droits de l'acquéreur à réméré, il succède nécessairement, par l'effet de cette subrogation, dans le droit qu'avait celui-ci de retenir l'immeuble jusqu'au remboursement du principal et des frais et loyaux couts de la vente ; et le vendeur à réméré qui a exercé le rachat avec les deniers empruntés, ne pouvant transmettre à d'autres sur l'immeuble plus de droits qu'il n'en a lui-même, ne peut, par conséquent, ni l'hypothéquer, ni le vendre, au préjudice du droit acquis au créancier subrogé ; et, s'il vend l'immeuble racheté, l'acquéreur ne pourra pareillement l'hypothéquer au préjudice du même droit. Le créancier subrogé sera donc, en vertu de son droit de retenue, préféré pour son remboursement à tous les créanciers, soit du vendeur, soit

de l'acquéreur, qui n'auront acquis hypothèque que depuis la vente à réméré (*Cass.*, sect. civ., 2 décembre 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen, du 30 janvier 1816. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 264. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 48).

2167. Comme la date de la subrogation ne peut être déterminée que par le paiement effectif, et comme les actes sous seing-privé n'ont point de date certaine vis-à-vis des tiers, il s'ensuit que, si le créancier remboursé a donné main-levée pure et simple et consenti la radiation de son inscription, sans aucune réserve en faveur de celui qu'il a subrogé, les quittances sous seing-privé et la subrogation consentie par ces quittances, quoiqu'antérieures à la radiation, mais enregistrées postérieurement, ne pourront être opposées aux autres créanciers inscrits qui auront acquis des droits à la radiation pure et simple, avant l'enregistrement des quittances (*Cass.*, sect. civ., 14 juillet 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 29 août 1811. J. P., 1er. de 1814, pag. 363. — *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 38. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 503).

2168. La subrogation qui a lieu au profit de ceux qui ont prêté des deniers, pour l'acquisition d'un immeuble, ne peut être étendue à celui qui, en achetant un immeuble, stipule que le prix de la vente sera employé par le vendeur à l'acquisition d'autres biens, pour servir de garantie à la vente : « Considérant d'abord que le pri-

vilège accordé par la loi au bailleur de fonds suppose qu'en effet les fonds ont été librement fournis par celui qui les prête pour acquérir un immeuble ; le vendeur qui les reçoit par les quittances qu'il en donne, en spécifiant d'où ils proviennent, s'associe pour ainsi dire le bailleur de fonds et lui transmet le droit qu'il avait sur son acquéreur, pour en obtenir le prix de la chose vendue ; de là sort le privilége que la loi accorde au bailleur de fonds ; mais qu'ici R..... ne donne pas librement les fonds qui ont servi à payer la terre d'Ecly ; la somme employée à cette acquisition n'avait été déposée que pour se libérer du prix qu'il devait encore de la terre du parc. La stipulation de remploi était bien une précaution qu'il jugeait nécessaire pour garantie de la terre qu'il payait ; mais ce n'était pas un *prêt* qu'il entendait faire à l'acquéreur d'Écly, pour profiter du privilége du bailleur de fonds ; ce n'est plus qu'une convention ordinaire qui oblige B..... à remplir les engagemens qu'il a contractés par l'acte du ....., et il n'en résulte pas le privilége qui appartient au vendeur ou au bailleur de fonds, pour récupérer de l'acquéreur le prix de l'immeuble qui a fait l'objet de la vente ou du prêt : — Qu'il en serait autrement si M. R....., en stipulant la clause de remploi de partie du prix de la terre du parc, eut obligé B..... à lui porter quittance de subrogation de celui qui lui vendrait l'immeuble qu'il s'engageait à acquérir. Cette quittance de subrogation mettant R..... en la place du vendeur de la terre d'Écly, il pourrait, dans

ce cas, exercer les droits que celui-ci lui aurait transmis; mais le contrat de vente de la terre d'Écly, en spécifiant que la somme qui en est payée, provient des deniers déposés par R....., pour s'acquitter du prix de la terre du parc, ne le subroge pas aux droits du vendeur d'Écly; tout reste donc, à cet égard, dans les termes d'une obligation ordinaire, qui donne lieu au droit d'hypothèque, mais qui ne confère pas un privilége » (Metz, 16 août 1811. J. P., 2e. de 1821, pag. 279.)

2169. « Si celui qui a vendu un immeuble dont il n'a pas reçu le prix a un privilége sur l'immeuble vendu, l'architecte-entrepreneur a, pour prix de ses travaux, un privilége sur la plus value de l'immeuble existant à l'époque de l'aliénation, et résultant des travaux qui ont été faits. Ces deux priviléges, ayant un objet distinct, peuvent s'exercer à la fois, mais ne doivent jamais se nuire. Ainsi la valeur que l'immeuble aurait encore si les ouvrages n'eussent pas été faits demeure réservée au privilége du vendeur; le surcroit de valeur donné à l'immeuble par les nouveaux ouvrages, tel que ce surcroit est estimé au moment de l'aliénation, est affecté au privilége de l'architecte. Néanmoins, l'appréciation de cette plus value doit être faite, non par une estimation réelle des dépenses, même nécessaires, mais par une proportion avec le prix primitif de l'immeuble. En effet, si, dans l'adjudication d'un immeuble, le prix pour lequel il est adjugé se trouve inférieur au prix primitif d'achat augmenté de

la valeur des ouvrages, il est juste que cette diminution soit également appliquée à la plus value résultante des nouveaux ouvrages, comme à la valeur primitive du fonds vendu : et le constructeur ainsi que le vendeur doivent supporter cette diminution de prix, dans la proportion des valeurs qui leur sont affectées»(Attendus d'un arrêt de la Cour de Paris, du 13 mai 1815. J. P., 3e. de 1815, pag. 495. — *Sirey,* tom. XVI, 2e. part., pag. 338. — *Denevers,* tom. XIV, 2e. part., pag. 12).

SECTION III.

Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles.

2170. *Les priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles ne peuvent s'exercer sur les immeubles que subsidiairement, et après épuisement du mobilier.*

2170. L'esprit de la loi est, comme on en peut juger par les art. 2095 et 2105 du Code civ., que les priviléges qui s'étendent à la fois sur les meubles et sur les immeubles, ne puissent s'exercer sur les immeubles que subsidiairement, et après épuisement de la valeur du mobilier. C'est ce que la Cour de Bruxelles (21 août 1810. *Sirey,* tom. XI, 2e. part., pag. 360. — *Denevers,* tom. IX, 2e. part., pag. 209.) a décidé avec raison. L'art. 2105 surtout prouve cet esprit de la loi, puisqu'il suppose que les privilégiés de cette espèce ne se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble, que lorsqu'il y a défaut de mobilier. La préférence que la loi accorde aux hypothécaires sur

les chirographaires milite aussi en faveur de cette décision : car si le privilége qui s'étend sur les meubles et les immeubles pouvait s'exercer sur les immeubles avant l'épuisement du mobilier, les chirographaires profiteraient, aux dépens des hypothécaires, et contre le vœu de la loi, de la priorité d'attaque faite contre les immeubles par le privilégié : ou bien, en admettant que l'hypothécaire, sur lequel les fonds manqueraient, par l'effet de la collocation du privilégié sur l'immeuble, pût se faire subroger aux droits de celui-ci, pour les exercer sur les meubles, le circuit d'actions qui naîtrait de ce recours sur les meubles a dû être un motif suffisant, dans l'esprit de la loi, pour vouloir que le créancier chirographaire privilégié fût obligé de discuter et d'épuiser le mobilier avant de pouvoir attaquer les immeubles.

SECTION IV.

Comment se conservent les priviléges.

2171. *Le vendeur peut conserver son privilége, sans transcription, en prenant lui-même inscription.*

2172. *L'inscription prise même en vertu d'une vente sous seing-privé, duement enregistrée, conserve le privilége du vendeur.*

2173. *Le vendeur peut encore faire transcrire utilement son contrat, ou inscrire son privilége, après que l'acquéreur a revendu l'immeuble, pourvu que la transcription ou l'inscription soient faites, au plus tard, dans la quinzaine de la transcription de la revente.*

2174. *La transcription faite par un second ou autre subséquent acquéreur, ne conserve pas le privilége des vendeurs antécédens.*

2175. *Pour empêcher que le privilége ne puisse être perdu, par le défaut de transcription ou d'inscription, le vendeur peut, en vendant, interdire à l'acquéreur de revendre avant d'avoir fait transcrire, ou se réserver la propriété jusqu'à parfait paiement.*

2176. *A défaut de conditions contraires, la transcription purge les priviléges non conservés des précédens vendeurs, et les hypothèques non inscrites, même lorsque l'acquéreur en aurait eu connaissance.*

2177. *Lorsqu'un contrat de vente ne fait pas connaître le prix, la transcription ne conserve pas le privilége du vendeur, encore que la vente soit valable.*

2178. *L'inscription prise dans les soixante jours de l'homologation de la liquidation postérieure au partage conserve au mineur le privilége réservé par l'art. 2109 à chaque cohéritier inscrit pour la garantie du partage.*

2179. *La transcription conserve-t-elle, sans inscription, le privilége pour les délégataires ou cessionnaires du prix de la vente, comme pour le vendeur?*

2171. En statuant que le vendeur privilégié conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et que, à cet effet, la transcription vaut inscription pour le vendeur ; en imposant au conservateur l'obligation de prendre inscription d'office pour le vendeur lors de cette transcription, et en donnant au vendeur la faculté de requérir lui-même la transcription, si l'acquéreur ne l'a pas fait faire, l'art. 2108 du Code civil n'a pas privé le vendeur de la faculté qu'a tout créancier privilégié sur immeuble de prendre lui-même inscription pour la conservation de son privilége. Ce qui le prouve, c'est l'obligation même, imposée au conservateur de faire d'office l'inscription

lors de la transcription, quoique celle-ci suffise pour conserver le privilége. Car, ainsi que l'a dit la Cour de cassation, dans les motifs de l'arrêt du 6 juillet 1807 ci-après cité, « le précédent propriétaire peut directement ce que peut le conservateur, qui, en ce cas, n'est que le mandataire légal et forcé du précédent propriétaire ». Cette inscription d'office a d'ailleurs pour objet, dans l'esprit de la loi, de rendre public le privilége du vendeur, pour tous ceux qui requièrent l'état des inscriptions sur un immeuble, et de maintenir ainsi, sans exception, le système général de publicité à l'égard des priviléges sur immeubles, tel que l'a établi l'art. 2106. De plus, la transcription n'étant que facultative et entrainant avant la loi de finances, du 28 avril 1816, des droits proportionnels beaucoup plus considérables que ceux d'une simple inscription, on ne peut pas supposer, sans une dérogation expresse de la loi, dérogation qui ne se trouve point dans l'art. 2108, que le législateur ait voulu alors priver le vendeur de la faculté générale, accordée par l'art. 2106, de conserver son privilége par la voie de l'inscription, pour le contraindre de recourir à l'avance des frais couteux de transcription (*Cass.*, sect. des req., 7 mai 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris, du 9 février 1809. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 225. — Rennes, 21 août 1811. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 111).

2172. Comme la loi permet de transcrire un acte de vente, sous signature privée, dûment enregistré (Avis du Conseil d'État, du 12 floréal

an XIII), le vendeur peut, en vertu d'un tel titre, prendre une inscription ; et cette inscription conserve son privilége, comme l'eut fait la transcription (*Cass.*, sect. civ., 6 juillet 1807, cassant un jug. du trib. d'Agen. J. P., 1er. de 1808, pag. 49. — *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 42. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 481).

2173. Mais sur l'effet de l'inscription et de la transcription entre le vendeur et les tiers, et sur le tems où elles doivent être faites pour être utiles, se sont élevées plusieurs questions importantes.

« Aux termes de l'art. 2106 du Code, les priviléges ne produisent d'effet, à l'égard des immeubles, qu'autant qu'ils sont rendus publics par l'inscription sur le registre du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi : d'où il suit que, à défaut d'inscription prise selon les formes ou dans les tems prescrits par la loi, le privilége ou l'hypothèque sont éteints. Suivant le Code civil, l'inscription, pour être valable, devrait être prise par le créancier dans le tems que l'immeuble était entre les mains de son débiteur. Faite postérieurement à l'aliénation de l'immeuble, elle était nulle, soit que l'acte de mutation eût été ou non transcrit. L'art. 834 du Code de procédure civile a innové à cette règle, en autorisant le créancier à s'inscrire, même après l'aliénation de l'immeuble hypothéqué à sa créance, mais à la charge exposée que l'inscription fût faite avant la transcription de l'acte d'aliénation, ou au plus tard quinze jours

après » (Considérans d'un arrêt de la Cour de Cassation (sect. civ., 13 décembre 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Nîmes du 3 juin 1808. J. P., 2e. de 1814, pag. 377. — *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 46. — *Denevers*, tom. XII, 1re. part., pag. 90. — Et lettre du directeur des domaines du 24 février 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 323). D'un autre côté, il faut remarquer que l'art. 2108 dit que le vendeur *conserve* son privilége par la transcription du titre, etc.; s'il le *conserve*, il ne l'*acquiert* donc pas, et ce privilége existe donc antérieurement à la transcription, et est *conservé* par elle tel qu'il était avant elle, c'est-à-dire, primant les créances hypothécaires de l'acquéreur, à la charge toutefois que la transcription, qui pour lui vaut inscription, ou bien l'inscription qu'il prendra, aura lieu dans le délai voulu par la loi, c'est-à-dire sous la loi actuelle dans la quinzaine qui suit la transcription de la seconde vente.

Dès-lors, même sans transcription de la vente, et sans être tenu de prendre aucune inscription si le bien n'est pas revendu par l'acquéreur, le vendeur conserve son privilége avant tous créanciers hypothécaires de l'acquéreur antérieurement inscrits, quoique, par le défaut de l'une et l'autre de ces formalités, le privilége du vendeur n'ait pas été rendu public avant les inscriptions prises par les créanciers hypothécaires (Colmar, 6 décembre 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 285 — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 978. — Rouen, 7 décembre 1809. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag.

83. — *Denevers,* tom. VIII, 2e. part. pag. 25. — *Id.*, 24 février 1812. J. P., 2e. de 1812, pag. 327. — *Sirey,* tom. XII, 2e. part., pag. 303) (1). Et le premier vendeur le conserve également avec la même antériorité, sans transcription de la première vente, mais en prenant inscription dans la quinzaine de la revente, si le bien a été revendu par l'acquéreur (*Cass.,* sect. des req., 26 janvier 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Douai, du 25 février 1812. J. P., 3e. de 1813, pag. 161. —*Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 333. — *Denevers,* tom. XI, 1re. part., pag. 263. Considérans d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1813, ci-dessus cité. — Considérans d'un autre arrêt de la même Cour (sect. réunies, du 1er. mai 1817. J. P., 2e. de 1817, pag. 476. — *Sirey*, tom. XVII, 1re part., pag. 199. — *Denevers,* tom. XV, 1re. part., pag. 241).

Mais la Cour de Grenoble (8 février 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 382. — *Denevers*, tom. VIII, , 2e. part., pag. 92) a été trop loin et a méconnu les effets de la transcription faite par le second acquéreur ou adjudicataire, et de l'expiration de la quinzaine après cette transcription, quand elle a jugé que le premier vendeur avait conservé son privilége par la transcription de son contrat faite seulement après l'ouverture de

---

(1) Ces arrêts sont, il est vrai, rendus sous la loi de brumaire an VII; mais les Cours font observer avec raison, dans leurs considérans, qu'il en doit être de même sous le Code civil, dont l'art. 2108 contient, à cet égard, le même principe que la loi de brumaire.

l'ordre sur la revente en expropriation forcée, et, par conséquent, plus de quinzaine après la transcription de la seconde vente. Nous trouverons la réfutation des motifs de cette Cour dans les considérans que nous rapporterons n°. 2174, d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1813, déjà cité plus haut.

Quant aux décisions dont nous venons de rendre compte sur l'effet de la transcription ou de l'inscription faite au profit du vendeur dans les délais utiles, elles ne sont pas seulement conformes au texte de la loi, elles le sont aussi à la nature du privilége, qui s'estime par sa cause, et non, comme l'hypothèque, par sa date. Elles sont d'ailleurs avouées par la plus stricte justice. Car, attacher le privilége du vendeur à la diligence de la transcription, l'obliger à gagner de vîtesse les créanciers hypothécaires, c'eût été le ramener à leur classe, ne laisser qu'un vain nom au privilége, exposer journellement le vendeur à perdre son privilége et à être fraudé par l'acquéreur, au moyen de la facilité qu'aurait celui-ci de consentir une hypothèque, sur l'immeuble vendu, et de la faire inscrire avant la transcription du contrat de vente, qui tient lieu d'inscription au vendeur. En effet, « il faudrait une expédition au vendeur pour requérir la transcription ; cette expédition ne pourrait lui être délivrée à l'instant de la passation de l'acte et avant son enregistrement ; et pendant l'intervalle, quelque court qu'on le suppose, qui s'écoulerait entre la passation de l'acte et la transcription, les créanciers de l'acquéreur, porteurs de leurs titres, les feraient inscrire ».

(Considérans de l'arrêt de la Cour de Rouen, du 24 février 1812, ci-dessus cité).

On argumente envain de l'art 2106, ainsi conçu : « Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effets à l'égard des immeubles, qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur, de la manière déterminée par la loi, et *à compter de la date de cette inscription*, sous les seules exceptions qui suivent ». —« Il résulte seulement de cet article que le privilége ne produit aucun effet tant qu'il n'est pas inscrit ; mais, une fois inscrit, il prime toutes les créances hypothécaires, qui lui sont postérieures, quoique l'inscription en soit antérieure » (Considérans de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1813, cité plus haut).

2174. L'art. 2108 du Code civil dit que le privilége du vendeur non inscrit se conserve par la transcription *du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur* (et non des contrats postérieurs); l'art. 834 du Code de proc. civ. veut que les créanciers, ayant privilége sur des immeubles, s'ils n'ont pas fait inscrire leurs titres antérieurement à l'aliénation de ces immeubles, et par conséquent le vendeur, s'il a négligé de faire transcrire ou de prendre inscription avant la revente faite par l'acquéreur, ne puissent conserver leurs priviléges qu'en prenant inscription au plus tard dans la quinzaine de la transcription.

Il suit évidemment de ces articles que la transcription faite par un nouvel acquéreur de son contrat d'acquisition ne conserve pas, outre le

privilége du dernier vendeur, celui des vendeurs précédens, qui n'ont pas eux-mêmes fait transcrire leurs contrats : qu'elle sert, au contraire, à purger le privilége, et qu'elle le purge (*Cass.*, 13 décembre 1813, déjà cité au numéro précédent. —Paris, 16 mars 1816. J. P., 3e. de 1816, pag. 79. —*Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 41.—*Cass.*, 14 janvier 1818, rej. un arrêt de la Cour de Paris du 3 juillet 1815. J. P., 2e. de 1818, pag. 504. — *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 300) : « Considérant, dit le premier de ces arrêts, que l'art. 2181 n'impose à celui qui veut purger un immeuble que l'obligation de transcrire le contrat qui l'a rendu propriétaire ; que tel est le sens manifeste de cet article, expliqué clairement par les nos. 1 et 2 de l'art. 2183, qui ne parlent que de la transcription d'un seul acte de mutation ; que d'ailleurs imposer au dernier propriétaire qui veut purger son immeuble l'obligation de transcrire tous les contrats non transcrits des précédens détenteurs, ce serait exiger une formalité très-onéreuse, et, dans plusieurs cas, impossible à exécuter ; qu'enfin il est certain, d'après l'art. 2182, que ce n'est pas la transcription qui purge un immeuble ; que, dans le système actuel, cette formalité n'a principalement pour objet que d'arrêter le cours des inscriptions, sauf le délai de quinzaine ; que l'opération de purger consiste essentiellement, suivant l'art. 2183, dans les notifications qu'il prescrit aux créanciers, aux domiciles élus dans leurs inscriptions ; qu'il suit bien de cet article que celui qui veut affranchir son

immeuble des charges dont il est grevé, est nécessairement tenu de signifier son contrat à tous les créanciers inscrits, non-seulement sur son vendeur immédiat, mais sur tous les précédens propriétaires; que, par une conséquence nécessaire, il est tenu, sous sa responsabilité, de rechercher ces créanciers et de donner au conservateur les renseignemens propres à les lui indiquer; mais que, pour parvenir à ce résultat, il a le choix des moyens, puisque la loi ne lui en désigne aucun; que, s'il juge à propos de faire transcrire des contrats antérieurs au sien, il en a la faculté, mais que rien ne lui en impose l'obligation; que le résultat de ces principes est que le créancier inscrit, qui n'a pas reçu du nouveau propriétaire les notifications prescrites par la loi, conserve tous les droits attachés à son inscription (sauf la modification marquée en l'art. 2198), et qu'il peut les faire valoir, quel que soit le nombre des contrats transcrits, sans qu'on puisse lui opposer que l'immeuble sur lequel il a hypothèque soit purgé de sa créance; — mais qu'il est également hors de doute que le créancier, qui n'a pas conservé ses droits par une inscription prise en tems utile, n'est ni fondé, ni même recevable à prétendre que l'immeuble reste grevé de sa créance, sous le vain prétexte que l'ancien contrat qui la rappelle n'a pas été transcrit par le nouveau propriétaire. Vainement on oppose, que, agissant en qualité de vendeur d'immeuble, et réclamant le privilége qui lui est dû à ce titre, il n'était pas tenu, suivant l'art. 2108 du Code

civil, de prendre lui-même une inscription ; que c'était à son acquéreur à la lui procurer d'office, en faisant transcrire son contrat ; que cette obligation passait du premier acquéreur aux acquéreurs successifs, et, par conséquent, aux détenteurs actuels ; qu'ainsi ces derniers ne peuvent se prévaloir contre lui, premier vendeur, du défaut d'inscription ; — Considérant que l'article cité ne dit pas que le vendeur soit, dans tous les cas, dispensé de prendre lui-même une inscription ; que tout ce qui résulte de ces articles et du 834e. du Code de procédure, c'est que si le contrat est transcrit, la transcription vaudra inscription au vendeur ; mais qu'il résulte non moins clairement de ces articles, qu'à défaut de transcription par l'acquéreur, le vendeur ne peut conserver son privilége qu'en prenant lui-même une inscription, ou faisant transcrire le contrat de son acquéreur; — Vainement on oppose, 2°. que sous l'empire du Code civil, le vendeur d'un immeuble peut, à défaut de paiement, obtenir la résolution de la vente, sans le secours d'une inscription, et qu'il en doit être de même lorsqu'il se borne à demander le prix qui lui est dû ; — Considérant que l'action en résolution de la vente et celle en paiement sont essentiellement distinctes ; qu'elles produisent des effets et sont soumises à des principes différens ; qu'ainsi, si l'une de ces actions n'est pas assujettie à telle ou telle formalité, il n'y a aucune raison d'en conclure que l'autre en soit exempte ».

2175. Mais le vendeur peut, pour la conser-

vation de son privilége à l'égard des sous-acquéreurs, suppléer à l'inscription par une clause insérée au contrat qui oblige l'acquéreur à faire transcrire avant de pouvoir procéder à aucune revente (Riom, 14 mai 1817. J. P., 2e. de 1818, pag. 364. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 335. —*Denevers*, tom. XVI, 2e. part., pag. 30. — *Cass.*, sect. civ., 22 novembre 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom du 16 février 1819. J. P., 2e. de 1821, pag. 343) : Attendu, dit le premier arrêt de Riom, que le premier vendeur, en imposant à son acquéreur la condition de faire transcrire avant de pouvoir revendre, a suffisamment exprimé qu'il entendait conserver son privilége par l'effet de cette transcription qui devait lui tenir lieu d'inscription aux termes de l'art. 2108 du Code civil ; que cette stipulation, écrite dans la vente primitive, est devenue obligatoire pour les tiers acquéreurs, comme elle l'était pour les acquéreurs ordinaires dont ils sont les ayant cause ; qu'ainsi, et tant que cette vente n'a pas été transcrite, le privilége du premier vendeur s'est conservé tant à l'égard des sous acquéreurs que des acquéreurs primitifs, qui tous ont demeuré sous l'empire de la condition stipulée auxdites ventes ».

A plus forte raison, la clause par laquelle le vendeur se réserve la propriété jusqu'à parfait paiement lui conserve-t-elle, sans inscription hypothécaire, non seulement son privilége, mais aussi le droit de revendiquer l'immeuble, au préjudice des créanciers hypothécaires inscrits du premier acquéreur, et même au préjudice des

seconds ou autres subséquens acquéreurs, encore qu'ils aient fait transcrire leurs contrats : car la transcription purge bien les priviléges et hypothèques, mais non le droit de propriété (Trèves, 10 février 1806. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1138).

2176. L'effet de la transcription, loin de conserver le privilége des précédens vendeurs qui n'ont point transcrit est, à moins de condition contraire dans les précédens contrats de purger l'immeuble de tous priviléges ou hypothèques non inscrits. Elle l'en purge, même lorsque l'acquéreur aurait eu connaissance de ces priviléges et hypothèques. Ainsi l'ont jugé les Cours de cassation (sect. des req., 28 mai 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 9 août 1806. J. P., 2e. de 1807, pag. 241.—*Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 295—*Id.*, sect. civ., 12 octobre 1808, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 21 juin 1806. J. P., 2e. de 1808, pag. 455. — *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 543. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 480) et de Turin (16 mars 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 391. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 423. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 176) sous la loi de brumaire, mais par un motif qui fait voir qu'elles eussent jugé de même sous le Code : « Attendu, dit le premier de ces arrêts, que la loi n'excepte pas les hypothèques dont il a pu avoir la connaissance légale à l'époque où il a rempli cette formalité ». Or il en est de même sous le Code, ainsi qu'il résulte de la combinaison des art. 2108 et 2081

du Code civil avec les art. 834 et 835 du Code de procédure. Cette décision, conforme au texte de la loi, ne blesse pas l'équité ; car, bien que l'acquéreur ait connu ces priviléges et hypothèques, il peut, il doit même, penser, en ne voyant pas prendre l'inscription exigée pour leur conservation, que les créanciers qui avaient ces priviléges et hypothèques y ont renoncé, par suite de quelques arrangemens inconnus de lui.

2177. Lorsqu'un contrat de vente n'indique pas le prix, sa transcription ne conserve pas le privilége du vendeur, encore que la vente soit valable : « Attendu que le privilége n'a effet sur les immeubles qu'autant qu'il est rendu public par l'inscription, conformément à l'art. 2106 du Code civil : — Attendu que l'art. 2108, en établissant que la transcription vaut inscription à l'égard du vendeur, veut en même tems que le titre transcrit constate ce qui reste dû du prix, en tout ou en partie ; que ledit article exige même que le conservateur puisse, en vertu du titre, prendre inscription pour le vendeur pour ce qui reste dû du prix, et rend le conservateur responsable envers les tiers, quand cette inscription est négligée de sa part ; d'où il suit que, dans le cas de non inscription d'office, le tiers doit, toutes les fois qu'il peut être tenu envers le vendeur, avoir son recours contre le conservateur à raison de sa négligence » (Bruxelles, 17 mars 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 22. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1139. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 159).

2178. Comme conséquence de l'égalité que la loi veut faire régner entre les co-partageans, elle a décrété la garantie des lots (art. 884 du Code civ.); et, pour que cette garantie ne fût point illusoire, elle y a attaché, par les art. 2103 et 2109 du Code civil, un privilége, à la charge de l'inscription « dans les soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation ». La loi ne se sert, dans ce dernier article, que des mots de *partage* et de *licitation*, et non de celui de *liquidation* : mais, s'il est vrai que le partage des biens, tant que la liquidation des droits n'est point faite, n'est toujours qu'un acte provisionnel, ou plutôt un commencement d'acte qui reçoit son complément par la liquidation, il faut en conclure que ces deux actes ne font qu'une seule et même opération; qu'ils n'ont par conséquent effet, à l'égard du mineur, que du jour de l'homologation, qui doit être faite aux termes des art. 981 et 984 du Code de procédure civile; qu'ainsi l'inscription prise dans les soixante jours de l'homologation de la liquidation postérieure au partage, a conservé au mineur le privilége réservé par l'art. 2109 à chaque cohéritier inscrit pour la garantie des clauses du partage (*Cass.*, sect. des req., 17 février 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 25 juillet 1818. J. P., 2e. de 1820, pag. 481).

2179. Le Code civil, après avoir réglé, par les art. 2108, 2109, 2110 et 2111, la manière de conserver le privilége attaché aux diverses créan-

ces énoncées dans ces articles, ajoute, art. 2112 : « Les cessionnaires de ces diverses créances privilégiées exercent, tous, les mêmes droits que les cédans, en leur lieu et place ». Il s'ensuit bien, selon nous, que, la transcription valant inscription pour le vendeur et lui conservant son privilége, suivant l'art. 2108, elle doit valoir aussi inscription pour le cessionnaire du vendeur, et conserver à ce cessionnaire le privilége attaché à la portion de prix qui lui est cédée. Cependant la Cour de Limoges (26 juin 1820. *Sirey*, tom. XXI, 2ᵉ. part., pag. 57), dans une espèce où le conservateur n'avait point pris l'inscription d'office pour la portion de prix déléguée par le contrat de vente, mais seulement pour celle que s'était réservée le vendeur, a jugé que la transcription du contrat, quoiqu'elle contînt la délégation, n'avait point profité au délégataire, et n'avait pu lui tenir lieu d'inscription. Cette décision nous paraît contraire à l'esprit, comme au texte de l'art. 2112. Le texte est formel : « Les cessionnaires.... exercent, tous, les mêmes droits que les cédans » ; donc le cessionnaire du vendeur exerce, comme lui, le droit de conserver le privilége par la transcription, et cette transcription vaut inscription pour le cessionnaire, comme pour le vendeur son cédant. Et il est évident que l'esprit de l'art. 2112 a été d'appliquer, par la généralité de ses termes, aux cessionnaires tout ce que la loi avait établi, par les articles précédens, en faveur des privilégiés.

CHAPITRE III.

Des hypothèques.

Règles générales sur les hypothèques. — Des hypothèques légales. — Des hypothèques judiciaires. — Des hypothèques conventionnelles. — Du rang que les hypothèques ont entr'elles.

Règles générales sur les hypothèques.

2180. *De l'hypothèque considérée comme droit réel, et du droit de suite qui y est attaché.*

2181. *Les créanciers hypothécaires ont droit de faire réformer la clause du cahier d'enchères qui distrait de la jouissance de l'adjudicataire les fermages ou loyers payés par anticipation au vendeur.*

2182. *Ils ont droit de se faire colloquer non seulement sur le principal du prix de la vente ou adjudication, mais encore sur les intérêts qui ont dû en courir à compter du jour de l'adjudication, nonobstant toutes cessions anticipées ou de ces intérêts ou des revenus de l'immeuble.*

2183. *Si un immeuble hypothéqué à une rente ou autre créance a été divisé et vendu par parties à plusieurs acquéreurs, le créancier peut poursuivre le paiement intégral de sa rente contre chacun des acquéreurs partiels, sauf le recours de l'acquéreur poursuivi contre les autres, et lors même que ce recours serait perdu.*

2184. *Le créancier hypothécaire peut-il être autorisé par le débiteur à vendre, faute de paiement au terme convenu, l'immeuble sans la permission du juge et sans la formalité des enchères ?*

2185. *La créance du prix d'un immeuble n'est pas susceptible d'être hypothéquée, ni d'être grevée d'une inscription.*

2180. « L'hypothèque est un droit réel sur les

immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.... Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent » (art. 2114 du Code civ.).

L'effet de ce droit de suite est de faire colloquer et payer le créancier hypothécaire, suivant le rang de sa créance, sur le prix de l'aliénation de l'immeuble (*Voyez* l'art. 2166 du Code civ.).

2181. Le débiteur qui, avant l'aliénation, aurait reçu par anticipation, ou aurait transporté à d'autres des fermages ou loyers de l'immeuble, qui ne doivent écheoir qu'après l'aliénation, aurait, par ce fait seul, porté atteinte au droit de suite du créancier hypothécaire : car ou le prix de l'aliénation de l'immeuble diminuerait en proportion des fermages ou loyers détachés de la jouissance de l'acquéreur ; ou ce prix ne serait porté par l'acquéreur à la valeur représentative du fonds qu'autant que le vendeur lui accorderait, pour le paiement du prix, un délai égal au tems durant lequel il serait privé de la jouissance des revenus, en le dispensant d'en payer l'intérêt jusque-là. Dans le premier cas, le créancier serait privé de son droit de suite, sur une partie de l'immeuble, puisque le prix n'en représenterait pas toute la valeur, ne représenterait que la valeur du fonds, déduction faite de la jouissance des fruits, pendant un certain tems. Dans le second cas, si la clause était suffisante pour autoriser l'acquéreur à ne pas compter au créancier hypothécaire des intérêts du prix à dater du jour de l'aliénation, le créancier ne serait pas colloqué sur la totalité du véritable

prix de l'immeuble. Car ce prix doit représenter non-seulement le fonds de l'immeuble, mais encore ses revenus : il doit donc porter intérêts à dater du jour de l'aliénation. Il résulte de ces principes que, sur la réclamation des créanciers hypothécaires, le juge doit réformer la clause du cahier d'enchères qui n'accorde pas à l'adjudicataire de l'immeuble mis en vente la jouissance des revenus à compter du jour de l'adjudication, mais seulement, à compter du jour de l'expiration des termes de fermages ou loyers payés par anticipation au vendeur (Nîmes, 28 janvier 1810. *Sirey,* tom. XIV, 2e. part., pag. 96).

2182. Il résulte encore des mêmes principes que les créanciers hypothécaires ont droit de se faire colloquer non seulement sur le principal du prix de la vente ou adjudication, mais encore sur les intérêts qui ont dû en courir, à compter du jour de l'aliénation, nonobstant toutes ventes ou cessions anticipées, qui pourraient avoir été faites par le débiteur, ou de ces intérêts ou des revenus qui les représentent ; et que l'acquéreur qui a payé aux créanciers colloqués non seulement le prix principal, mais encore les intérêts échus depuis la vente, peut, comme exerçant les droits de ces créanciers, auxquels il est subrogé de plein droit (art. 1251 du Code civ.), exiger le paiement des fermages ou loyers échus depuis la vente, et qui représentent ainsi les intérêts qu'il a payés (*Cass.,* sect. civ., 5 novembre 1813, cassant un arrêt de la Cour de Turin du 20 fé-

vrier 1811. *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 6. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 556).

2183. L'hypothèque « est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles » (Art. 2114 du Code civ.). Si donc un immeuble hypothèqué à une rente ou autre créance, a été divisé et vendu par parties à divers acquéreurs, le créancier de la rente pourra, en vertu de son hypothèque, en poursuivre le paiement intégral contre chaque acquéreur partiel, sauf le recours de l'acquéreur contre les autres co-débiteurs hypothécaires de la rente. Et, lors même que ce recours serait perdu, si la perte n'en était pas due au fait du propriétaire de la rente, mais à une force majeure, ou à toute autre cause qui ne pourrait pas lui être imputée, comme alors il n'y aurait pas lieu d'opposer l'exception *cedendarum actionum*, l'acquéreur poursuivi n'en serait pas moins tenu de payer la totalité de la rente (*Cass.*, sect. civ., 6 mai 1818, cassant un arrêt de la Cour d'Orléans du 27 juillet 1814. J. P., 1er. de 1819, pag. 498. — *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 292. — *Denevers*, tom. XVI, 1re. part., pag. 380).

2184. Le créancier hypothécaire peut-il être autorisé par le débiteur à vendre, faute de paiement à une époque fixée, l'immeuble sans la permission du juge et sans la formalité des enchères?

La négative a été jugée par un arrêt de la Cour de Liège (3 décembre 1806. J. P., 1er. de 1807,

pag. 221. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 8. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 8); par un de la Cour de Bourges (8 février 1810. J. P., 2e. de 1811, pag. 287. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 450. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 116); et par un autre de la Cour de Turin (21 juillet 1812. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 223) : et l'affirmative par un arrêt de la Cour de Trèves (15 avril 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 11. — *Denevers*, tom. XII, 2e. part., pag. 6). Mais les espèces étaient différentes. Dans la première, le créancier était autorisé « à faire vendre par l'intermédiaire d'un notaire public, et sans aucune formalité extérieure, telles qu'assignations, affiches, etc. sous quelque dénomination que ce soit ». Dans la seconde, il l'était « à effectuer la vente en faveur de telle personne, aux prix, garantie, charges, clauses, conditions et obligations qu'il aviserait, sans être tenu d'aucune formalité de justice, ni autre avertissement qu'un simple commandement de paiement, contenant la déclaration qu'il procéderait à la vente à sa volonté ». Dans la troisième, le débiteur donnait au créancier, « en cas de non paiement, au bout de deux années, la faculté de disposer des hypothèques (c'est-à-dire, des biens hypothéqués), sans autres formalités ». Dans la quatrième, le créancier était seulement autorisé « à faire vendre publiquement et devant Notaire, mais sans observer les formalités de justice ». La publicité de la vente offrait donc, dans le dernier cas, au débiteur une garantie, qu'il n'avait point dans les trois premiers; et

c'est cette considération qui a décidé l'arrêt de la Cour de Trèves.

Les arrêtistes ne donnent point la date des deux premiers contrats : mais il est à présumer qu'ils avaient été souscrits sous l'empire du Code civil, puisque les Cours tirent leurs motifs des dispositions de ce Code : le troisième l'avait été le 18 novembre 1809, par conséquent sous l'empire du Code civil : quant au contrat soumis à la Cour de Trèves, il était antérieur au Code civil ; il était de l'an XI.

Les motifs des arrêts des Cours de Liège et de Bourges sont tirés uniquement de l'article 2078 du Code civil, qui porte : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. — Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ». La Cour de Turin, en convenant que la confirmation de la clause ne pourrait encourir la censure littérale des art 2078 et 2088 du Code civil, ajoute « qu'il est cependant certain que, soit d'après les principes de la matière, soit d'après la nature du pacte sus-énoncé, le juge ne peut se dissimuler que ce pacte est réprouvé par le but du législateur et par l'esprit des dispositions des articles précités. En effet.... il est hors de contestation que, d'après la jurisprudence française, le créancier ne peut

aucunement vendre le gage, ou l'immeuble hypothéqué, sans la permission du juge et sans la formalité des enchères, laquelle jurisprudence ne fut autrement introduite que pour venir au secours du débiteur.... et pour ôter en même tems au créancier le moyen de faire des gains illicites sur le gage du débiteur, et d'établir ainsi sa fortune sur la ruine du débiteur ». Rappelant ensuite le texte et les motifs des art. 2078 et 2088 du Code civil, la même Cour de Turin fait observer « que ces sages dispositions du législateur ne sauraient atteindre son but, si elles devaient être limitées aux seuls cas énoncés dans les articles précités.... tandis que les autres créanciers nantis d'hypothèque.... auraient toujours la voie d'assouvir leur cupidité, en stipulant avec leurs débiteurs (le pacte dont nous venons de parler) ».

Les motifs de l'arrêt de la Cour de Trèves, sont ainsi conçus: « Attendu qu'il n'existe point de loi ancienne ou nouvelle qui défende à un créancier et à son débiteur, lorsqu'ils sont maîtres de leurs droits, de convenir d'un mode qui leur paraît le plus avantageux pour la vente du gage ou de l'hypothèque, en cas de non paiement aux termes fixés par le contrat: et qu'il y a lieu de maintenir leurs stipulations chaque fois que le mode de vente qu'ils ont choisi exclut toute possibilité, toute idée même de dol ou de fraude de la part du créancier, en mettant, comme dans l'espèce, le débiteur à même de veiller à ses intérêts, et d'obtenir le prix réel de la chose donnée

en gage ou hypothèque, par le concours d'enchérisseurs qu'amène nécessairement une adjudication publique faite sur les lieux mêmes; — Que la circonstance que le créancier M...., a été autorisé à vendre sans formalité les biens hypothéqués ne peut pas vicier cette clause de nullité, lorsque l'on considère que la vente n'en devait pas moins être faite publiquement, et parconséquent, précédée d'affiches de publications, pour lui donner un caractère de publicité; de façon que la dispense des formalités, ne peut s'entendre, dans l'espèce, que de celles qui sont prescrites pour les ventes judiciaires ».

On voit que les Cours de Liège et de Bourges, ont prononcé que l'art. 2078 du Code civil est applicable au cas d'hypothèque, comme au cas d'antichrèse; que la Cour de Turin a seulement décidé qu'on devait appliquer au cas d'hypothèque l'esprit des articles 2078 et 2088, quoique la lettre de leurs dispositions n'embrasse que le gage d'une chose mobilière, et l'antichrèse : tandis que la Cour de Trèves a énoncé l'opinion contraire dans ses motifs, sans qu'on puisse toutefois dire qu'elle l'ait jugé dans son dispositif, puisque, comme nous l'avons expliqué, l'espèce qui lui était soumise était antérieure au Code civil.

Cette dernière opinion nous semble la plus juste.

L'art. 2078 du Code civil ne parle que du *gage*, et sous la rubrique du *gage*, après qu'un article

voisin, l'art. 2072, a défini ce mot, qui ne peut dès-lors être entendu que dans le sens de la définition légale, et non dans le sens de la langue usuelle ; or le sens de cette définition est un sens spécial aux meubles, et non un sens général, relatif à tout objet. Le mot qui a le sens général est celui de *Nantissement;* et « le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage* » (article 2072). Les dispositions sur le gage ne concernent donc que les choses mobilières, et ne peuvent, parconséquent, être étendues aux choses immobilières. Si des dispositions sur le nantissement devaient s'appliquer aux hypothèques, ce ne serait donc que celles sur le nantissement des choses immobilières.

Celui-ci s'appelle *antichrèse* (même art. 2072 du Code civ.). On ne trouve, au chapitre qui le concerne, qu'un article dont on puisse argumenter pour la question qui nous occupe ; c'est l'art. 2088. Il est ainsi conçu : « Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle : en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales ». Il ne nous paraît pas en résulter que le créancier antichrésiste ne puisse être autorisé à vendre sans suivre les formalités. Il astreint bien le créancier à suivre les voies légales pour l'expropriation de son débiteur ; mais il ne l'y astreint que pour le cas dont il a parlé ; *en ce cas*, dit-il. Or quel est ce cas ? C'est celui où il

aurait été dit que le créancier deviendrait propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu : alors une telle clause étant nulle, l'hypothèse est la même que si aucune clause n'avait été faite : et quand aucune clause n'a été faite, un créancier ne peut jamais dépouiller son débiteur que par la voie de l'expropriation légale. Mais de ce que l'article annulle la clause qui rend le créancier propriétaire et veut que, dans ce cas, les voies légales d'expropriation soient suivies, il ne s'ensuit pas qu'il annulle les clauses qui l'autoriseraient, non à s'approprier le bien, mais à le vendre, et oblige alors à vendre d'une autre manière que celle qui aura été convenue entre les parties. On ne peut étendre d'un cas à l'autre la nullité prononcée par la loi ; d'abord parce que les nullités ne sont pas susceptibles d'extensions ; ensuite parce qu'il n'y a point similitude entre les deux cas. Dans l'un, le créancier achète et garde, est partie adverse du débiteur ; dans l'autre, il vend, pour le débiteur, et en son nom ; or, il n'existe aucune disposition de la loi qui défende au créancier de recevoir un mandat de son débiteur. Dira-t-on que le créancier peut employer la fraude, diminuer le prix, frustrer le débiteur ? Mais le débiteur aura le droit de faire annuler la vente, pour cause de fraude, comme il aura le droit de la faire rescinder pour lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674 du Code civ.). Si l'on ajoute que la loi a prohibé, dans l'art. 2078, cité plus

haut, une telle autorisation pour faire vendre, nous répondrons, comme nous l'avons déjà fait, que cet article n'a trait qu'au nantissement de choses mobilières, ou gage ; que la loi ne l'a point répété en parlant du nantissement de choses immobilières ou antichrèse ; qu'elle a traité en deux chapitres distincts de ces nantissemens ; que cette distinction montre clairement l'intention de ne point les confondre ; que le silence dans l'un, relativement à une disposition portée dans l'autre, prouve la volonté de ne faire frapper cette disposition que sur un cas. D'ailleurs, on voit des raisons pour permettre moins facilement l'aliénation d'une chose mobilière, que celle d'une chose immobilière : la première est beaucoup plus facile, plus susceptible de fraude ; la chose mobilière vendue disparaît, et l'on n'a plus de ressources pour en faire estimer la valeur et pour s'assurer du dol ; enfin, la vente mobilière faite à trop vil prix, mais sans fraude, n'est point susceptible de rescision, comme l'est la vente immobilière pour lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674 du Code civ.). On ne peut donc argumenter de l'une à l'autre.

Mais, supposant que le créancier antichrésiste ne puisse être autorisé par le débiteur à vendre, sans les formes légales, aucun texte de la loi ne mettrait en droit d'étendre cette prohibition au créancier hypothécaire, ce qui suffirait pour empêcher cette extension d'avoir lieu : et, consultant l'esprit de la loi, il n'y a pas mêmes raisons

de prohibition pour celui-ci que pour l'autre. Le créancier hypothécaire n'est pas saisi de l'immeuble; il n'aurait pas autant de moyens pour préparer une vente frauduleuse. Et, si l'on veut déclarer nulle l'autorisation qui lui serait donnée de vendre sans formalités, il faudra donc décider de même à l'égard du simple créancier chirographaire: car il n'existe pas de motif pour prohiber l'autorisation vis-à-vis de l'un plutôt que vis-à-vis de l'autre; et alors sur quoi pourrait-on se fonder pour établir, même par analogie, la nullité d'une telle autorisation donnée au créancier chirographaire?

2185. L'art. 2118 du Code civil porte : « Sont seuls susceptibles d'hypothèques 1°. les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles; 2°. l'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée ».

On a prétendu, dans l'espèce jugée par l'arrêt ci-après cité, que le prix d'un immeuble était également immeuble, parce qu'il prenait entièrement la place de la chose qu'il représentait, suivant la règle *subrogratum sapit naturam subrogati*; que c'était pour cela que, après la vente d'un immeuble, le prix en était distribué aux créanciers hypothécaires inscrits; qu'ainsi on pouvait dire qu'ils étaient inscrits sur le prix; que, puisque le prix était grevé de l'inscription, il était susceptible de l'hypothèque; que dès-lors il était bien immobilier, suivant l'art. 2118 du Code civil, qui déclare seuls susceptibles d'hypothèques les biens immobiliers. On confondait, dans ce raison-

nement, le droit de collocation sur le prix, qui est l'effet du droit de suite attaché à l'hypothèque, avec l'hypothèque même ; on confondait l'exécution avec le droit qui la donne. « Pour déterminer si un droit de créance personnelle est mobilier ou immobilier, dit Pothier, *Traité de la communauté*, n°. 77, on ne considère que la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire, la chose due, et on n'a aucun égard à la cause d'où la créance procède ». Plus haut, n°. 69, il avait dit : « La créance d'une somme d'argent, ou de quelqu'autre chose meuble, est un droit mobilier : au contraire, la créance que j'ai d'un héritage.... est un droit immobilier. *Actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis* .. Le droit de créance qu'à le vendeur (d'un héritage ou immeuble) contre l'acheteur est un droit mobilier ; car il tend à lui faire acquérir une somme d'argent, qui est le prix de l'héritage ». Les art. 526, 529 et 530 du Code civil ont confirmé cette doctrine. Et la Cour de Paris (27 avril 1814. J. P., 3e de 1814, pag. 101. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 255) s'y est conformée en jugeant que la créance du prix d'un immeuble n'est pas susceptible d'être hypothéquée, ni d'être grévée d'une inscription.

SECTION PREMIÈRE.

Des hypothèques légales.

2186. *L'hypothèque légale de la femme frappe sur les acquêts faits par le mari depuis le mariage et sur les conquêts de*

la communauté, comme sur les propres qu'il possédait au jour du mariage, et prend rang à la même date.

2187. *Lorsque le mari a fait l'échange d'un bien contre un autre, la femme peut exercer son hypothèque légale et sur l'immeuble donné et sur l'immeuble reçu en échange.*

2186. L'art. 2121, accorde l'hypothèque légale aux femmes *sur les biens de leurs maris :* l'art. 2135, 2°., du Code civil, dispense de l'inscription, l'hypothèque légale que les femmes ont *sur les immeubles de leurs maris :* l'art. 1495 dit que la femme peut exercer toutes ses actions et reprises *tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari.* De ces articles conçus en termes généraux, il nous semble résulter clairement que les immeubles qui adviennent au mari durant le mariage, ou qu'il acquiert pendant la communauté, deviennent sujets à cette hypothèque, comme ceux qu'il possédait au jour du mariage ; ou, en d'autres termes, que l'hypothèque légale de la femme frappe sur les acquêts du mari et sur les conquêts de la communauté, comme sur les propres qu'il possédait lors du mariage, et frappe à la même date relativement à lui et à ses créanciers, et par conséquent suit ces acquêts ou conquêts à cette date, lors de la vente qu'en fait le mari (Angers, 26 août 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 109. — *Sirey,* tom. XIII, 2e. part., pag. 38.—*Cass.*, 8 novembre 1813, cassant un arrêt de la Cour de Colmar du 14 décembre 1811. J. P., 1er. de 1814, pag. 481. — *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 120. — Paris, 12

décembre 1816. J. P., 1er. de 1817, pag. 437. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 228. — Orléans, 14 novembre 1817. J. P., 3e. de 1819, pag. 126. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 216. — *Cass.*, sect. civ., 9 novembre 1819, cassant un arrêt de la Cour de Metz du 9 mai 1817. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 118).

Il existe cependant un arrêt contraire de la Cour de Paris (8 prairial an XII. J. P., 2e de l'an XII, p. 153. — *Sirey*, t. IV, 2e. part., p. 707). Comme cette question est fondamentale, nous croyons devoir exposer et réfuter les raisons que l'on peut donner à l'appui de ce dernier système, bien que la Cour de Paris soit elle-même revenue depuis à l'opinion commune, par l'arrêt du 12 décembre 1816, ci-dessus cité. On dit d'abord que ce n'est qu'au moment de la dissolution de la communauté, et par l'effet de la renonciation de la femme, que les biens de la communauté appartiennent au mari, et deviennent ses biens personnels; que jusque-là ils appartiennent également à la femme; qu'elle ne peut donc avoir hypothéque sur les biens que lorsqu'ils seront biens du mari; et que ceux-ci, ayant été aliénés avant d'avoir été biens du mari, n'ont pas été frappés de l'hypothèque de la femme. Mais ce raisonnement est contraire aux premiers principes de la communauté. Le mari commun en biens, dit un vieil axiome, vit comme maître et meurt comme associé (1). Pendant la durée de la communauté,

(1) Maritus vivit ut dominus, moritur ut socius.

il est propriétaire des effets qui la composent, et par conséquent des conquêts immobiliers: la femme n'y a aucun droit; et, ce n'est, au contraire, que par son acceptation qu'elle peut être considérée comme propriétaire pour moitié. Mais, si elle renonce, le mari n'acquiert aucune propriété nouvelle, et continue seulement de conserver celle qu'il avait; et la femme renonçante se trouve n'avoir jamais eu aucune espèce de droit sur les biens de la communauté (1). « Il n'y a pas de raison de prétendre, dit l'arrêt d'Angers sus-énoncé, que l'hypothèque de la femme ne porte sur les immeubles de la communauté que lors de sa dissolution, parce que ce fait ne peut engendrer une hypothèque qui ne connait d'autre cause que la loi ou le contrat de mariage. Ce fait de la dissolution de la communauté est seulement ce qui donne ouverture aux droits de la femme, et la rend maîtresse de se décider sur le parti qu'elle doit prendre, ou d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Si elle renonce, elle peut exercer son action aussi bien sur les immeubles de la communauté que sur ceux de son mari. Cette action sur les immeubles est l'action qui résulte de l'hypothèque préexistante, dont l'effet avait été jusqu'alors incertain et suspendu. Il est si vrai que l'hypothèque existait

(1) « La femme, dit Dumoulin, n'est pas effectivement associée; elle a seulement l'espérance de l'être, si elle accepte : delà la conséquence que l'hypothèque doit grever les conquêts, comme tous les autres biens du mari.

avant la dissolution de la communauté que, si le mari avait vendu de ses immeubles ou de ceux de la communauté dans le tems qu'elle durait encore, la femme aurait le droit, comme tout autre créancier hypothécaire, de suivre ces immeubles entre les mains des acquéreurs, pourvu qu'elle n'eut pas consenti à la vente. Enfin tous ces points ont été consacrés par le Code civil, qui, par l'article 2135 a établi l'hypothèque de la femme, à compter du jour du mariage, et, par l'art. 1495, a déclaré les biens de la communauté, comme ceux du mari, sujets à toutes les actions de la femme, du nombre desquelles est l'action qui résulte de son hypothèque ; en quoi il n'a fait qu'attester et confirmer le droit antérieur, constamment suivi de tout tems » (1). Or, ce droit accordé à la femme par l'art. 1495 ne serait-il pas illusoire s'il dépendait du mari de le lui faire perdre, en vendant le conquêt; s'il s'évanouissait lors de l'aliénation de ce conquêt?

Il n'est pas besoin de s'arrêter sur l'objection que le droit laissé au mari, par l'art. 1421, d'aliéner les biens de la communauté, serait contradictoire avec l'hypothèque légale de la femme,

---

(1) Voyez le passage cité plus haut de Dumoulin.

Voyez aussi un arrêt de la Cour de cassation (sect. civ , 16 fructidor an XI, cassant un arrêt de la Cour de Trèves. *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 17).

Rénusson, pag. 135, nos. 42 et suiv., dit : « Un mari, constant la communauté, achète une maison qu'il revend après ; la femme, en renonçant à la communauté, a-t-elle le droit de faire contre les acquéreurs une demande en déclaration d'hypothèque?...... Il est plus raisonnable de dire que la femme peut agir contre l'acquéreur. La raison est que la femme a hypothèque sur les biens du mari, présens et futurs, à raison

avec le droit laissé à la femme de suivre ces biens dans les mains des acquéreurs. Car il faudrait alors faire la même objection relativement aux biens personnels du mari, qu'il peut aliéner, et qui n'en restent pas moins frappés de l'hypothèque légale de la femme. Le mari peut disposer des uns comme des autres; mais il n'en peut disposer que sauf les droits de la femme, à la conservation desquelles la loi veille avec une sollicitude tout particulière.

Quant au principe, énoncé dans l'art. 2144, de non réduction de l'hypothèque légale, sans le consentement de la famille, nous renvoyons à ce que nous dirons, sect. IV du présent chap., sur la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme.

2187. Dans l'échange, chaque co-permutant est à la fois vendeur et acquéreur; dès-lors, chaque objet passe dans les mains de chaque co-permutant avec les charges dont il était grevé, et y arrive pour être passible des nouvelles charges qu'il voudra lui imposer, ou qui existent déjà comme frappant sur la généralité de ses biens.

---

de ses deniers dotaux et de ses reprises matrimoniales, et que cette hypothèque est acquise du jour de son contrat de mariage ».

Bourjon, pag. 152, dit: « La faculté de vendre et aliéner les biens de la communauté transmet bien la propriété, mais sans donner atteinte aux hypothèques acquises par la femme du jour de son contrat ».

Duplessis, *de la Communauté*, liv. II, tit. V.

Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. III, chap. II, n°. 86.

A l'égard de la date de l'hypothèque, à l'égard de la question de savoir si cette hypothèque doit toujours et de plein droit remonter sous les nouvelles lois, au jour du contrat de mariage, comme Rénusson et Bourjon l'établissent avec raison sous l'ancienne législation, dans les deux passages cités, nous renvoyons à ce que nous dirons plus loin sur l'art. 2135, 2°., du Code civil, sous la section IV du présent chapitre.

Ainsi, lorsque le mari a fait l'échange d'un bien contre un autre, la femme qui a une hypothèque générale peut l'exercer tout à la fois sur l'immeuble donné et sur celui qui est reçu en échange et les discuter successivement (1) (*Cass.*, sect. des req., 9 novembre 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 17 mars 1814. J.P., 1er. de 1816, pag. 460).

SECTION II.

Des hypothèques judiciaires.

2188. *Sous l'ordonnance de* 1667, *les jugemens par défaut n'emportaient hypothèque que du jour de leur signification.*

2189. *Sous la loi du* 11 *brumaire an VII, on a pu prendre inscription en vertu d'un jugement par défaut, avant qu'il fût signifié.*

---

(1) Pothier s'exprime ainsi, en son *Traité du Contrat de vente*, no. 629 : « Les charges d'hypothèque, de substitution et autres semblables, qui seraient sur l'un des héritages échangés, demeurent sur cet héritage, nonobstant l'aliénation que j'en ai faite ; et elles ne passent pas à celui qui m'est donné en contr'échange. Si celui-ci devient aussi hypothéqué à mes créanciers, c'est par une autre raison, qui est que je leur ai hypothéqué tous mes biens présens et à venir ».

Et Denisart : « Il me semble que, puisque l'héritage pris en échange est de même nature que celui qui a été donné, et qu'il en est parfaitement représentatif, l'hypothèque qui subsistait sur la chose échangée devrait se transporter sur celle prise en échange ; mais on s'est sur cela attaché à la rigueur du droit ; et il arrive, par l'échange, que les créanciers se trouvent avoir une double hypothèque ; ainsi l'échange est toujours onéreux. En effet, l'héritage donné en échange reste toujours sujet aux hypothèques dont il était affecté avant l'échange ; et le créancier, qui acquiert une sureté sur l'héritage dont son débiteur devient possesseur, n'en est pas moins en droit de former sa demande en déclaration d'hypothèque contre celui qui possède l'héritage dont son débiteur était propriétaire avant l'échange ».

2190. *Il en est de même sous l'empire du Code civil. L'inscription peut même être prise le jour du jugement et avant qu'il soit enregistré.*

2191. *Les actes des autorités administratives, prononçant sur des litiges dans les limites de leur compétence, emportent hypothèque légale, comme les jugemens des autorités judiciaires.*

2192. *L'inscription prise en vertu d'une hypothèque frappe sur les biens à venir, comme sur les biens présens, sans qu'il soit nécessaire de la renouveler après la survenance des nouveaux biens.*

2188. Suivant l'art. XI, tit. 35 de l'ordonnance de 1667, les jugemens par défaut n'emportaient hypothèque que du jour de leur signification. Quelques auteurs distinguaient entre les jugemens par défaut rendus pour reconnaissance d'écritures, et ceux portant condamnation. Mais la cour de cassation (sect. civ., 13 février 1809, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom, du 1er. juillet 1808. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 134) a rejeté cette distinction, et a jugé que les uns, comme les autres, étaient soumis à la disposition de l'ordonnance de 1667, et que, en conséquence, l'inscription prise en vertu de tout jugement par défaut rendu sous l'empire de cette ordonnance était sans effet si elle avait été prise avant la signification du jugement.

2189. Mais il n'en était pas de même des inscriptions prises en vertu de jugemens rendus sous la loi du 11 brumaire VII. Ces inscriptions, quoique prises avant la signification, étaient valables (*Cass.*, sect. civ., 21 mai 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bourges.

J. P., 2e. de 1811, pag. 369. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 261. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 288) : « Attendu, a dit la Cour de cassation, que la loi du 11 brumaire an VII, art. 3, n°. 2, accorde hypothèque aux créances, résultant d'une condamnation judiciaire, sans exiger que les jugemens aient été préalablement signifiés au débiteur, et que cette loi n'impose pas au créancier d'autre formalité que celle de l'inscription ».

2190. L'art. 2123 du Code civil faisant résulter aussi l'hypothèque judiciaire des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, sans exiger qu'ils soient préalablement signifiés au débiteur, et l'art. 125 du Code de procédure civile autorisant les actes conservatoires, nonobstant le délai accordé par le tribunal pour l'exécution du jugement, il est clair que, en vertu des jugemens par défaut rendus sous l'empire de ces deux Codes, on peut prendre inscription avant la signification du jugement aussi valablement qu'on le pouvait en vertu des jugemens par défaut rendus sous la loi du 11 brumaire an VII (Riom, 6 mai 1809. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag, 39. — Rouen, 7 décembre 1812. J. P., 2e. de 1813, pag. 273. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 367).

La Cour de Riom a même jugé, par l'arrêt ci-dessus cité, que l'inscription peut être prise le jour même du jugement et avant qu'il soit enregistré. Sa décision est juste, parce que l'art. 2123 n'ajoute aucune condition à la reddition du jugement pour la validité de l'hypothèque judiciaire,

et que l'inscription a pu être prise sur la représentation faite par le greffier du jugement avant son enregistrement ; car le jugement ou l'acte peut être représenté par un tiers (art. 2148 du Code civ.).

2191. Les actes des autorités administratives, quand elles prononcent, dans les attributions de leur compétence, sur des litiges qui leur sont soumis, sont de véritables jugemens, et emportent, par conséquent, hypothèque générale sur tous les biens présens et à venir du débiteur, comme les actes des Cours et Tribunaux (Rouen, 22 mai 1818. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 230). Mais il ne suffit pas qu'un acte soit passé devant l'autorité administrative pour emporter hypothèque (*Voyez* ci-après, n°. 2200).

2192. L'inscription prise sur un débiteur, en vertu d'une hypothèque judiciaire, frappe de plein droit sur les biens à venir, comme sur les biens présens, sans qu'il soit nécessaire de renouveler l'inscription après la survenance ou l'acquisition des nouveaux biens. Il suffit que le créancier y ait déclaré s'inscrire sur les biens à venir, comme sur les biens présens (arrêt de Rouen du 22 mai 1818, cité au numéro précédent. — *Cass.*, sect. civ., 3 août 1819, cassant un arrêt de la Cour de Rennes du 19 mars 1817. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 359. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 561) : « Considérant, a dit la Cour de cassation, que la législation établit une distinction essentielle entre les hypothèques conventionnelles et les hypothèques soit légales

soit judiciaires ; que les premières sont seules soumises à la spécialité ; que toutes, moins celles que la loi en excepte nommément, sont soumises à la publicité ; mais que, lorsque cette publicité a été donnée aux hypothèques légales et judiciaires, par les moyens indiqués par la loi, elles doivent avoir tout l'effet que cette même loi leur garantit : — Que, suivant les art. 2122 et 2123, les créanciers qui ont de semblables hypothèques peuvent exercer leurs droits sur les biens actuels de leur débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir ultérieurement : — Que, suivant l'art. 2148, aucune indication n'est nécessaire ; qu'une seule inscription frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement d'un même bureau :— Que le Code civil a assimilé l'hypothèque judiciaire à l'hypothèque légale ; qu'il n'a pas imposé la nécessité de prendre des inscriptions successives, à fur et mesure des acquisitions nouvelles que pourrait faire le débiteur ; qu'il s'est borné à soumettre les inscriptions judiciaires, comme toutes les autres à la publicité ; que, une fois cette formalité remplie dans chaque bureau où le débiteur possède des immeubles, ou en acquerra par la suite, et l'inscription étant prise pour être exercée sur les biens présens et à venir de ce débiteur, tous les intérêts sont conservés; que la répétition de l'inscription, à chaque acquisition que pourrait faire le débiteur ne fournirait aucune nouvelle connaissance au public, et n'offrirait que la répétition littérale de la première; et

que son inutilité absolue acheverait de démontrer que la loi ne l'a pas voulu, si son silence seul ne suffisait pas ».

SECTION III.

Des hypothèques conventionnelles.

2193. *L'hypothèque consentie sur l'immeuble d'autrui ne peut valoir, même après que le débiteur est devenu propriétaire de l'immeuble.*

2194. *Est nulle l'inscription prise avant la ratification de la femme, en vertu de l'hypothèque consentie par son mari, comme se portant fort d'elle.*

2195. *La femme ne peut, sans l'autorisation de la justice, contracter, pendant le mariage, même pour fournir des alimens à la famille, des obligations qui donnent lieu à une condamnation judiciaire emportant hypothèque sur ses immeubles dotaux.*

2196. *La prohibition conventionnelle d'aliéner comprend celle d'hypothéquer.*

2197. *L'hypothèque consentie par un cohéritier sur un immeuble indivis de la succession, est restreinte par le partage à la portion qui lui écheoit, et ne s'étend pas sur les autres biens qui tombent dans son lot, même lorsque l'immeuble hypothéqué passerait en totalité dans les autres lots.*

2198. *On peut valablement consentir hypothèque en vertu d'un mandat sous seing-privé, si d'ailleurs l'acte constitutif d'hypothèque est passé devant Notaire.*

2199. *La constitution d'hypothèque faite par acte sous seing-privé devient valable par la reconnaissance et le dépôt que le constituant en fait chez un Notaire.*

2200. *Les actes de l'autorité administrative sont-ils susceptibles de la convention d'hypothèque ?*

2201. *Les biens présens ne sont point atteints par l'hypothèque consentie subsidiairement* sur tous les biens présens et

à venir *du débiteur, en cas d'insuffisance du bien spécialement hypothéqué.*

2202. *La constitution générale d'hypothèque sur tous les biens présens et à venir du débiteur, sans aucune constitution d'hypothèque spéciale sur un bien présent, ne produit aucun effet.*

2203. *Cependant, après l'échéance de la dette, le créancier peut, en poursuivant la condamnation judiciaire, obtenir une hypothèque générale, et, à plus forte raison, se restreindre à demander en justice une hypothèque conventionnelle.*

2204. *L'acte constitutif d'hypothèque est parfait par le seul consentement exprès du constituant, et par l'acceptation tacite du créancier suffisamment manifestée avant révocation.*

2205. *Le titre récognitif passé par l'héritier pour une créance qui emportait hypothèque générale sur les biens présens et à venir du défunt ne confère pas hypothèque sur les biens de l'héritier, s'il n'a pas consenti spécialement cette hypothèque.*

2206. *Le propriétaire qui commet des dégradations sur l'immeuble hypothéqué peut-il être condamné aux dommages et intérêts proportionnés à ces dégradations?*

2207. *L'hypothèque consentie pour une obligation conditionnelle subsiste conditionnellement tant que, la condition n'étant pas encore accomplie, il n'est pas certain qu'elle ne s'accomplira pas.*

2208. *L'hypothèque qui n'est consentie que pour être acquise dans un cas prévu ne donne droit à prendre inscription que du jour où le cas prévu est arrivé.*

2209. *Lorsque l'inscription prise pour une créance hypothécaire d'une valeur indéterminée contient la déclaration estimative de cette valeur, les juges ne peuvent, sous prétexte que la créance dépend d'un compte non liquidé ni apuré, colloquer les créanciers subséquens au préjudice de cette inscription.*

2110. *On peut valablement consentir hypothèque pour sureté du remboursement de prêts ou avances promis, de traites déjà fournies ou qu'on s'oblige de fournir, ou même pour sureté d'un crédit ouvert.*

2211 *L'acte contenant constitution d'hypothèque pour sureté du paiement de lettres de change est sujet au droit proportionnel.*

2193. « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent » (art. 2124 du Code civ.). On ne peut, sous le Code civil, aliéner la chose d'autrui (art. 1599 du Code civ.) ; on ne peut donc hypothéquer l'immeuble d'autrui ; et une telle hypothèque serait nulle lors même que celui qui l'aurait consentie deviendrait ensuite propriétaire de l'immeuble hypothéqué. En vain opposerait-on, comme raison écrite, les lois 41, ff. *de Pignoratitiâ actione*, 5, *C. Si aliena res pignori data sit*, et 3, §. I, ff. *Qui potiores pignore vel hypothecâ,* suivant lesquelles l'hypothèque constituée sur la chose d'autrui devenait efficace et conservait son rang lorsque le débiteur acquérait ensuite, à quelque titre que ce fût, la propriété de cette chose. Ces dispositions du droit romain étaient une conséquence de celle qui déclarait valable la vente de la chose d'autrui, quand elle était faite de bonne foi, sauf l'action en revendication du véritable propriétaire : mais elles seraient en contradiction avec la disposition de l'article 1599 de notre Code civil qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui (Bruxelles, 11 juin 1817. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 223).

2194. Un mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement (art. 1428 du Code civ.). Il ne peut donc les hypothéquer sans ce consentement ; et, s'il les a hypothéqués, tant en son nom que comme se portant fort de sa femme, quoique la femme ait ensuite ratifié l'acte, l'inscription prise avant l'acte de ratification sera sans effet; car l'hypothèque n'a commencé à naître que du jour de la ratification, et n'a pu, par conséquent, être inscrite valablement qu'à partir de ce jour (Paris, 11 août 1808. *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 287).

2195. L'immeuble dotal de la femme peut être aliéné, avec permission de justice, pour fournir des alimens à la famille dans les cas prévus par les art. 203, 205 et 206 du Code civil (art. 1558 du Code civ.). Sauf ces exceptions, et d'autres indiquées par la loi, les immeubles dotaux de la femme mariée sous le régime dotal ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement (art. 1554 du Code civ.). La femme ne peut donc, sans l'autorisation de la justice, contracter, pendant le mariage, même pour fournir des alimens à sa famille, des obligations qui donnent lieu à une condamnation judiciaire emportant hypothèque sur ses immeubles dotaux. Autrement, elle aurait le moyen de consentir indirectement une hypothèque sur ses immeubles sans permission de justice (Limoges, 18 juin 1808.

Sirey, tom. XII, 2e. part., pag. 168). *Voyez*, tom. V, n°s. 1545 et suivans.

2196. Au reste, s'il est rigoureusement vrai que l'affectation hypothécaire n'est pas une aliénation proprement dite de l'immeuble, puisqu'elle n'opère pas actuellement la vente, elle est cependant, comme le porte la loi dernière au C. *de Reb. alien. non alienand.*, une des espèces comprises sous le terme générique d'aliénation, en ce sens que l'hypothèque, comme droit de gage de la créance, confère celui de faire vendre la chose hypothéquée, en cas de refus ou d'impuissance d'acquitter le montant de la créance. Il s'ensuit que la prohibition conventionnelle d'aliéner comprend celle d'hypothèquer (Paris, 11 novembre 1812. J. P. 2e. de 1813, pag. 94).

2197. L'hypothèque consentie par un cohéritier sur un immeuble indivis est restreinte par le partage à la portion échue au débiteur (Bruxelles, 20 février 1811. J. P., 2e. de 1812, pag. 225); et ne se trouve pas transférée sur les autres biens qui tombent dans son lot, et qu'il n'a pas affectés à cette hypothèque (Bruxelles, 13 décembre 1808. J. P., 2e. de 1809, pag. 124. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 328). Ces deux décisions résultent des principes que nous avons établis tom. III, n°. 951.

2198. Une des conditions de l'hypothèque conventionnelle, c'est d'être consentie par acte authentique (art. 2127 du Code civ.); mais le mandat à l'effet de consentir hypothèque doit être bien distingué de l'acte constitutif d'hypo-

thèque, et peut être donné sous seing privé :« Attendu que le Code établit, comme règle générale (art. 1985), que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous seing-privé, et que s'occupant dans une disposition ultérieure (art. 1988), du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge pas à la règle qu'il vient d'établir ; il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être exprès » (*Cass.*, sect. des req., 27 mars 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen du 28 mai 1818. J. P., 3e. de 1819, pag. 41. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 324. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag., 405). Le principe général posé par l'art. 1985 ne souffre d'exception que dans le cas prévu par l'art. 933, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'acceptation d'une donation entrevifs, auquel cas le mandat doit être passé devant Notaire. — Et les obligations imposées par les art. 2127 et 933, étant restrictives de la liberté générale de contracter, ne sont susceptibles d'aucune extension.

2199. Malgré la disposition de l'art. 2127 du Code civil, il faut également décider que la constitution de l'hypothèque, faite dans un acte sous seing-privé, devient valable par la reconnaissance et le dépôt que les constituans font de cet acte, chez un Notaire :« Considérant que, par ce dépôt, fait par les débiteurs devant Notaire..., ledit contrat sous seing-privé est authentique; que, à compter du jour de cette reconnaissance et du dépôt, l'hypothèque convenue a été légalement constituée, puisque l'acte déposé et l'acte du dépôt

dressé par le Notaire se sont identifiés, et n'ont plus formé qu'un seul et même acte » (*Cass.*, sect. civ., 11 juillet 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen, du 15 janvier 1814. J. P., 1er. de 1816, pag. 12). C'est aussi ce qui résulte de la discussion au Conseil d'état.

On sent qu'il en serait autrement si le dépôt avait été fait par d'autres que les constituans, parce qu'alors il n'y aurait pas reconnaissance de l'acte sous seing-privé (Metz, 24 mars 1819. *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 332). *Voyez*, au surplus, ce que nous avons dit, tom. Ier., n°. 36.

2200. Toutes les fois qu'un acte de l'autorité administrative ne peut pas être considéré comme un jugement, et il n'a ce caractère que lorsqu'il prononce sur un litige, il n'emporte pas hypothèque de plein droit sur les biens du débiteur (*Voyez* ci-dessus le n°. 2191), à moins que de la nature de la dette il ne résulte un privilége ou une hypothèque légale. Mais l'acte administratif est-il susceptible de la convention d'hypothèque, comme l'acte notarié ? Si la convention n'est faite qu'entre particuliers, comme serait un traité de remplacement dans le service militaire passé devant le Préfet, point de doute que la convention d'hypothèque ne soit nulle (Décret, du 29 mai 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 155) ; car, ainsi que le porte le considérant de ce décret, pour acquérir l'hypothèque conventionnelle, le particulier au profit duquel elle est consentie doit faire passer l'acte devant Notaire. En effet, suivant l'art. 2127 du Code civil, non-

seulement l'acte qui contient cette convention, doit être en forme authentique, mais encore il doit être passé devant deux Notaires, ou devant un Notaire et deux témoins. En est-il autrement lorsque la convention est au profit de l'État ou du domaine? La Cour de Paris (6 messidor an X. *Sirey*, tom. III, 2e. part., pag. 463) a jugé que, sous l'empire même de la loi du 11 brumaire an VII, et suivant l'art. 14 de la loi du 23 octobre 1790, à laquelle la loi de brumaire ne lui a pas paru déroger, les baux passés par l'autorité administrative des biens nationaux, et les autres actes de cette autorité relatifs à ces biens, emportaient hypothèque de plein droit. Une décision du Ministre des finances, du 27 messidor an VII, avait résolu la question dans le même sens, même à l'égard des marchés et entreprises qui concernent le gouvernement. Mais, hors les cas de privilége ou d'hypothèque légale établis au profit de l'état, il nous semble que ni la loi de brumaire an VII, ni le Code civil n'ayant fait aucune exception en faveur des actes administratifs, ces actes, en admettant qu'ils soient susceptibles de conférer hypothèque pour les stipulations en faveur de l'Etat, ce que nous ne croyons pas, ne pourraient aujourd'hui lui donner le droit de prendre inscription s'ils ne contenaient convention spéciale d'hypothèque (Bruxelles, 27 août 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 342).

2201. Une autre condition de l'hypothèque conventionnelle, c'est la spécialité dans la désignation des biens (art. 2129 du Code civ.). Il

s'ensuit que l'hypothèque spéciale ne peut, en cas d'insuffisance de l'immeuble hypothéqué, être étendue aux autres biens présens du débiteur qui aurait simplement *hypothéqué subsidiairement tous ses biens présens et à venir* (Rouen, 24 mai 1815. J. P., 1er. de 1816, pag. 199). Aucune argumentation n'est à tirer de l'art. 2130, qui ne concerne que les biens à venir. L'exception à la spécialité dans la désignation n'a été introduite pour les biens à venir qu'à cause de l'impossibilité de les désigner : mais, la cause de l'exception ne subsistant pas pour les biens présens, l'exception ne peut les concerner, et la loi impérieuse de la spécialité dans la désignation n'est, à leur égard, susceptible d'aucune modification.

2202. Par la même raison, si, dans l'acte, il n'y a point eu constitution d'hypothèque spéciale sur un immeuble désigné, mais seulement constitution générale d'hypothèque sur tous les biens présens et à venir du débiteur, cette constitution sera absolument nulle ; et le créancier ne pourra pas contraindre le débiteur, avant l'échéance de la dette, à lui consentir une hypothèque spéciale : car, la constitution générale d'hypothèque étant nulle, ne lui a conféré aucun droit, même pour demander une hypothèque spéciale. Et, si le débiteur vendait ses immeubles, comme ils ne sont point valablement hypothéqués, ni même affectés d'une véritable promesse d'hypothèque, le créancier ne pourrait, non plus, sous le prétexte de diminution dans les sûretés promises, exiger le remboursement de la dette

avant l'échéance (Aix, 16 août 1811. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 126. — *Denevers*, tom. XIII, 2e. part., pag. 89).

2203. Mais si la dette était échue, comme le créancier, nonobstant son titre exécutoire, serait en droit de poursuivre en justice, la condamnation au paiement de sa créance, et d'obtenir ainsi une hypothèque judiciaire sur tous les biens présens et à venir, à plus forte raison peut-il, se relâchant de son droit, demander une hypothèque conventionnelle: « Attendu que l'hypothèque judiciaire peut être demandée et obtenue, même dans le cas où le créancier est porteur d'un titre exécutoire, et dans le cas, par conséquent, où il n'est pas nécessaire d'obtenir une condamnation au paiement de la créance; que cette faculté dérive 1°. de l'art. 2123 du Code civil, qui fait résulter cette hypothèque d'un simple jugement portant reconnaissance d'écriture; 2°. de l'art. 193 du Code de procédure, qui permet d'assigner à bref délai pour obtenir le jugement qui confère cette hypothèque; 3°. de la loi du 3 septembre 1807, qui attribue au jugement de reconnaissance d'écriture obtenu avant l'échéance de la dette, l'effet d'accorder l'hypothèque judiciaire » (Riom, 25 mai 1816. J. P., 1er. de 1817, pag. 182. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part, pag. 360. — *Denevers*, tom. XV, 2e. part., pag. 31). Ajoutons : à la charge de ne pouvoir prendre inscription qu'à défaut de paiement, après l'échéance, comme le dit la loi du 3 septembre.

2204. L'acte constitutif d'hypothèque est un acte unilatéral: il est donc parfait par le seul consentement de celui qui le souscrit, sans qu'il soit besoin de l'intervention du créancier, ni de son autorisation par écrit; et il produit tout son effet à l'égard de ce dernier, auquel il est remis, et dont l'acceptation résulte suffisamment de l'exécution qu'il en provoque (Paris, 4 ventose an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 127. — Metz, 13 juillet 1820. J. P., 1er. de 1821, pag. 66). Il nous semble toutefois que, jusqu'a l'acceptation manifestée, soit expressément par écrit, soit tacitement par des poursuites, le débiteur pourra révoquer l'affectation hypothécaire ; à moins qu'elle ne porte déclaration, de sa part, qu'il était déjà convenu de cette affectation hypothécaire avec le créancier, parce qu'alors elle n'est plus, de sa part, une concession libre, mais une reconnaisance d'une obligation préexistante, quoique non encore consatée.

2205. Les héritiers n'étant tenus personnellement des dettes de la succession que pour leur portion virile, et n'en étant tenus hypothécairement pour le tout que sur les immeubles de la succession, l'hypothèque générale qui frappe sur les biens présens et à venir du débiteur n'atteint pas les immeubles que son héritier ne tient pas de lui. Cependant, comme, avant la loi du 11 brumaire an VII, l'authenticité seule des actes produisait cette hypothèque générale, il suffisait qu'un héritier eût passé devant Notaire un titre récognitif de la dette pour que le créancier acquît,

en vertu de ce titre, hypothèque générale sur les biens personnels de l'héritier. Mais, la loi du 11 brumaire an VII et le Code civil ayant ôté aux actes notariés cet avantage d'emporter hypothèque générale, les titres récognitifs passés sous l'empire de ces lois, sans convention spéciale d'hypothèque, ont laissé l'héritier exempt de toute hypothèque sur ses biens personnels, pour la dette de son auteur; et dès-lors les créanciers n'ont plus été en droit de prendre inscription sur l'immeuble que l'héritier ne tenait pas de lui (*Cass.*, sect. civ., 17 décembre 1816. J. P., 3e. de 1817, pag. 129. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 189. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 23).

2206. La Cour de Paris (26 août 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 166. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 189) a jugé que le propriétaire dont les immeubles sont grevés d'hypothèques peut, s'il y commet des dégradations qui en atténuent la valeur, être poursuivi, et condamné à des dommages et intérêts proportionnés à ces dégradations. Nous ne voyons pas quelle disposition de la loi a motivé cet arrêt de la Cour, qui n'en cite aucune. Ce n'est probablement pas l'art. 690 du Code de procédure civile, sur lequel était étayé le système du demandeur, et qui porte que « le saisi ne pourra faire aucune coupe de bois ni dégradation, à peine de dommages et intérêts ». Ce qui nous fait croire que la Cour n'a pas été déterminée par cet article, c'est que, pour prononcer la contrainte par corps, elle s'appuie, non sur cet article qui ajoute « aux-

quels il sera condamné par corps », mais sur l'art. 126 du même Code (1). Il nous semble que la condamnation aux dommages et intérêts ne pouvait être prononcée : car l'art. 2131 du Code civil dit seulement que, « en cas que l'immeuble ou les immeubles présens assujettis à l'hypothèque eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisans pour la sureté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque ». Et l'on sent facilement la raison de cette différence entre le cas de saisie et celui d'affectation hypothécaire. Dans le premier cas, le débiteur est dépouillé de l'exercice du droit de propriété, ce qui n'a pas lieu dans le second cas; c'est donc seulement dans le premier qu'une dégradation est un attentat aux droits d'autrui : dans le second, il y a seulement non exécution de la convention, non livraison des suretés promises, ou diminution de ces suretés, et dès-lors lieu à la résolution du contrat, d'après la disposition générale de l'art. 1184, spécialisée dans l'art. 2131.

2207. Les obligations conditionnelles ont un effet présent, en ce qu'elles lient l'obligé dès le jour de l'obligation, sauf la confirmation ou la résolution de l'engagement, qui sont remises au jour de l'accomplissement de la condition, ou

---

(1) « Il est laissé à la prudence des juges de la (la contrainte par corps) prononcer, pour dommages et intérêts en matière civile, au-dessus de la somme de 300 fr. » (art. 126 du Code de procéd. civ.).

au jour de la preuve acquise qu'elle ne peut pas être accomplie. Rien n'empêche donc d'hypothéquer ses biens pour sureté d'une obligation subordonnée à une condition ou à un événement quelconque (art. 2132 du Code civ.). Et telle est l'obligation que le vendeur d'un immeuble aurait contractée de garantir l'acquéreur de tous troubles et évictions. Cette obligation est conditionnelle, et lie dès à présent, quoiqu'elle ne doive produire son effet que lorsque l'acquéreur éprouvera un trouble ou subira une éviction. Une hypothèque peut donc être valablement consentie pour sureté de cette garantie éventuelle; et l'on ne peut pas dire de cette hypothèque que, comme accessoire d'une obligation qui n'existe pas encore, elle n'existe pas elle-même tant qu'il n'y a ni trouble ni éviction, puisque le lien de l'obligation subsiste et que son effet seul est suspendu (*Cass.*, sect. des req., 15 avril 1816, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen du 7 frimaire an XIII. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 771. — *Denevers,* tom. IV, 1re. part., pag. 360).

De plus, l'obligation de garantie ne sera pas résolue ou évanouie par cela seul que toutes les hypothèques auront été purgées : car les hypothèques ne sont pas les seules causes de trouble ou d'éviction. Il faut mettre surtout au rang de ces causes les contestations qui pourraient s'élever sur le droit même de propriété, ou sur la capacité qu'avait le vendeur de l'aliéner. Tant que ces

causes ne sont pas purgées par la prescription, ou tant qu'il n'est pas établi qu'il n'en existe et n'en peut pas exister, l'obligation de garantie subsiste conditionnellement, et, par conséquent, l'hypothèque, son accessoire, subsiste également (Même arrêt).

2208. Si l'hypothèque n'est pas purement conditionnelle, mais donnée seulement pour n'être acquise que dans un cas prévu; si, par exemple, après avoir été consentie sur un immeuble déterminé, elle est donnée subsidiairement sur un autre immeuble *pour n'être néanmoins acquise* (c'étaient les termes de la clause) *que dans le cas de vente du premier immeuble*, alors il est clair que l'immeuble hypothéqué subsidiairement n'est engagé par cette hypothèque qu'à compter du jour de la vente prévue, et que, par conséquent, l'inscription ne peut être valablement prise qu'à partir du jour de cette vente : car les termes de la clause démontrent que l'intention des parties n'a pas été seulement de suspendre l'effet de l'hypothèque jusqu'à ce jour, mais aussi de ne la faire naître, de n'y donner droit qu'à partir de ce jour. Jusque-là ce n'est point une hypothèque proprement dite, mais une simple promesse conditionnelle d'hypothèque qui lie bien, comme promesse, le débiteur, mais qui ne grève pas encore l'immeuble (*Cass.*, sect. civ., 5 décembre 1809, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 21 juin 1808. *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 89. — *Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 503).

2209. L'art. 2132 du Code civil admet la con-

vention d'hypothèque non-seulement pour les créances conditionnelles, mais encore pour celles dont la valeur est indéterminée, à la charge seulement, par le créancier, d'en déclarer expressément la valeur estimative dans l'inscription qu'il en requiert. Il suit delà que, lorsque l'inscription contient cette déclaration, les juges ne peuvent pas, au préjudice de cette inscription, se permettre de colloquer définitivement et sans caution des créanciers postérieurs, sous prétexte que la créance dépend d'un compte qui n'a été ni liquidé, ni apuré (*Cass.*, sect. civ., 4 avril 1815, cassant un arrêt de la Cour d'Amiens du 13 mai 1813. *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 275).

2210. « Si une personne, dit Domat (1), engage ses biens pour un prêt à venir, l'hypothèque stipulée pour une telle cause sera sans effet ; car l'hypothèque n'est que l'accessoire d'un engagement déjà formé, et jusque-là il n'y aurait point de prêt, cette personne pouvant même ne pas emprunter ». Observons toutefois que, pour que l'engagement soit formé, il n'est pas nécessaire que la somme soit délivrée. « Tous les jours, ajoute le même auteur, on fait des obligations pour des sommes qui ne seront délivrées que quelque tems après ; mais l'engagement est déjà formé, et l'hypothèque ne laisse pas d'avoir son effet ».

---

(1) Lois civ., tit. *des Gages et hypoth.* — *Voy.* L. 4, ff. *Quæ res pignor. vel hypoth.*

D'après ces principes, l'hypothèque consentie pour sureté de prêts ou avances qui pourront être faits, sans qu'il y ait engagement exprès de les faire, ou pour sureté de traites qui pourraient être fournies, sans engagement exprès de les fournir, serait nulle, comme, l'obligation elle-même, dont elle est l'accessoire (Colmar, 18 avril 1806. *Sirey*, tom. VI, 2[e]. part., pag. 981).

Mais il n'en est pas de même de l'hypothèque consentie pour sureté de traites déjà fournies ou de traites à fournir jusqu'à une concurrence déterminée ; car il y a alors obligation valable.

Ainsi la Cour de Rouen (24 avril 1812, J. P., 3[e]. de 1812, pag. 394) a jugé valable l'hypothèque consentie par un négociant pour sureté du reliquat éventuel d'un compte courant et de traites *fournies et à fournir*, jusqu'à concurrence toutefois d'une somme fixée: « Attendu que, dès l'instant que deux commerçans se mettent ensemble en compte courant, il y a obligation actuelle d'en payer le solde, lors de la liquidation et de l'apurement du compte : — Que dès-lors l'hypothèque (donnée pour sureté du reliquat) est conditionnelle et éventuelle ; et que, loin de réprouver les obligations et hypothèques conditionnelles, les lois françaises (1), comme les lois romaines (2), les autorisent formellement ».

Ainsi encore, allant plus loin, et avec autant

(1) Art. 2132 et 2148, 4°. du Code civil.

(2) L. 5, ff. *de Pign.* Et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat : sed et futuræ obligationis nomine dari possunt.

de raison, la Cour de cassation (sect. des req., 26 janvier 1814. J. P., 3e. de 1814, pag. 209. — *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 41) a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Caen du 11 août 1812, qui avait validé une inscription prise, en vertu d'une hypothèque donnée pour sûreté d'un crédit ouvert, jusqu'à concurrence d'une somme fixée, mais dont on n'avait pas encore usé. Nous transcrirons ici préférablement les attendus de l'arrêt de la Cour royale, qui a exposé les principes plus au long que n'a cru devoir le faire la Cour suprême : « Considérant que, si, d'un côté, par l'acte du..., M*** a accordé à B*** un crédit de 100,000 fr., s'il s'est chargé d'acquitter ou de faire acquitter, soit à Paris, soit sur une autre place, des traites ou lettres de change jusqu'à concurrence de cette somme, d'un autre côté, en acceptant par le même acte ce crédit, B***, par le seul fait de son acceptation, a contracté l'obligation... de rembourser M*** des sommes qu'il aurait ainsi déboursées pour lui : — Considérant que cette obligation, de la part de B***, a pris naissance à l'instant même de la passation de l'acte dont il s'agit ; que l'hypothèque qu'il a donnée à M***, pour sûreté de son exécution, en a été l'accessoire ; qu'il n'est conséquemment pas exact de dire, comme on l'a fait, que cette hypothèque a été créée isolément et sans obligation préalable : — Considérant que l'obligation consentie par B*** a été valablement contractée, puisqu'on trouve, dans l'acte du...., les quatre conditions essentielles requises, par l'art.

1108 du Code civil, pour la validité d'une convention : — Considérant que ce n'est pas le cas d'invoquer à juste titre l'art. 1174, qui n'est pas applicable à l'espèce, parce que l'obligation de B***, n'était pas contractée sous une condition purement potestative de sa part. Elle était bien potestative, en ce sens qu'il pouvait faire l'usage qu'il jugerait convenable du crédit qui lui était accordé, ou ne pas en user du tout; mais elle n'était pas potestative sous le rapport de l'acceptation du crédit. Cette acceptation s'est trouvée consommée au moment même de l'acte, et par les stipulations qui y sont contenues, et par l'apposition de la signature des parties au pied de cet acte : une fois qu'il a été fait, cette acceptation ne dépendait plus d'une condition potestative de la part du débiteur. Or, le crédit donné par M*** équivalait lui-même à une remise de fonds : par l'anticipation que B*** en a faite à l'instant de l'acte, il a, au même moment, nécessairement contracté l'obligation d'indemniser M*** de tous les effets que pourrait avoir ce crédit. C'est pour sûreté de cette obligation, résultante de son acceptation, qu'une hypothèque a été consentie par B*** ; cette hypothèque, de même que l'obligation, dont elle est l'accessoire, ne dépendait donc nullement d'une condition potestative de sa part : — Considérant qu'il est bien vrai que la créance de M*** était conditionnelle pour son existence, c'est-à-dire, qu'elle était subordonnée à l'usage du crédit ouvert ; mais qu'il résulte de l'article 2132 du Code civil que

l'hypothèque conventionnelle peut être valablement consentie pour une créance de cette nature ; qu'ainsi, en déclarant que l'acte n'avait pas conféré à M*** une hypothèque valable, le premier juge lui a fait un grief sensible, qui nécessite la réformation de son jugement sur ce chef ; — Considérant qu'on doit d'autant moins balancer à la prononcer que c'est envain qu'on suppose qu'il n'est pas possible de connaître le véritable état de la fortune de celui qui constitue de semblables hypothèques, attendu que, par l'effet de l'inscription, l'hypothèque, et la créance qui en est l'objet, acquièrent un degré de publicité que la loi juge suffisante pour garantir de l'erreur ».

La Cour de Turin (2 février 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 415) a cependant jugé qu'une obligation consentie pour prêt fait partie en argent, partie en traites ou bons du prêteur, n'avait pu conférer l'hypothèque conventionnelle, quant aux traites ou bons, avant que la valeur en eut été réellement touchée. Mais le motif de la Cour de Turin, pris du défaut de tradition, nous paraît réfuté par les considérans ci-dessus rapportés.

En faveur de l'arrêt de Turin, on objecte que la décision contraire aurait l'inconvénient d'ouvrir un accès à la fraude ; qu'un débiteur prêt à faillir pourrait retenir impunément toute sa fortune par l'entremise d'un tiers complaisant, auquel il souscrirait une obligation de cette espèce, et hypothéquerait tous ses biens. Mais la réponse a cette objection est indiquée dans le dernier considérant

de la Cour de Caen, disant que la publicité garantit de l'erreur. En effet, tous les tiers qui traiteront postérieurement avec l'individu sur les biens duquel frappe une telle inscription conditionnelle sentiront clairement que, la condition pouvant se réaliser à leur insçu et indépendamment d'eux, ils doivent, pour agir sûrement, la regarder comme déjà réalisée. S'ils ne le font pas, ils suivent la foi de leur débiteur, et ne sont pas en droit de se plaindre. D'ailleurs, en quoi cette hypothèque conditionnelle offre-t-elle plus d'inconvénient que l'hypothèque non conditionnelle? Le débiteur ne pourrait-il pas également souscrire une hypothèque non conditionnelle au profit d'un prête-nom? Il n'existerait, dans ce cas, d'autre ressource aux tiers que de faire annuler l'obligation comme entachée de fraude, s'ils peuvent obtenir la preuve de cette fraude: et cette ressource, ils l'ont également dans le cas de l'affectation conditionnelle (*Voyez* tome VII, n°. 2266, d'autres arrêts analogues).

2211. L'acte contenant constitution d'hypothèque pour sûreté du paiement de lettres de change est sujet au droit proportionnel d'enregistrement d'un pour cent (*Voyez* les arrêts cités à ce sujet, n°. 2024).

SECTION IV.

Du rang que les hypothèques ont entr'elles.

2212. *Hors les exceptions établies en faveur de l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits, le créancier hypothécaire qui n'a pas pris d'inscription, non seulement n'a pas de rang entre les créanciers hypothécaires, mais même ne vient que par contribution avec les chirographaires.*

2213. *Quoique le titre du créancier hypothécaire contienne la déclaration, de la part du débiteur, d'une autre hypothèque consentie antérieurement, il aura rang d'hypothèque avant l'hypothèque déclarée, s'il a la priorité d'inscription.*

2214. *L'inscription prise dans la quinzaine de la transcription pour une hypothèque acquise avant l'aliénation ne donne pas seulement droit de surenchérir; elle donne aussi rang d'hypothèque du jour de sa date.*

2215. *Il en est de même de l'inscription prise avant la transcription ou dans la quinzaine de la transcription du jugement d'adjudication survenu sur une surenchère.*

2216. *Les immeubles du père, non tuteur, mais administrateur, pendant le mariage, des biens de ses enfans mineurs, sont-ils frappés de l'hypothèque légale établie par les art.* 2121 *et* 2135, 1°. *du Code civil?*

2217. *Les biens du cohéritier qui a géré la succession ne sont pas grevés, pour cette gestion, d'une hypothèque légale, envers son cohéritier mineur, ou femme mariée, s'il n'en est ni le tuteur ni le mari.*

2218. *Le mineur n'a point d'hypothèque légale contre son tuteur pour les créances provenant d'autres causes que celle de l'administration de la tutelle.*

2219. *Quelque peu de tems qu'ait duré la tutelle commencée au jour du prédécès du père ou de la mère, elle confère l'hypothèque légale au mineur.*

2220. *L'hypothèque légale de la femme pour sa dot et ses con-*

ventions matrimoniales date-t-elle du jour du mariage ; ou du jour du contrat de mariage ?

2221. *La rente viagère constituée par le mari en remplacement de la dot de sa femme prend rang d'hypothèque à la même date que le capital de la dot qu'elle remplace.*

2222. *La femme a rang d'hypothèque à la date de son mariage pour son douaire, son préciput et ses autres gains de survie, quoiqu'éventuels.*

2223. *La donation faite par un tiers à la femme, quoique par le contrat de mariage, n'emporte pas hypothèque légale.*

2224. *Les quittances sous seing-privé, qui ne présentent aucun indice de fraude sont suffisantes pour conférer, à la date du mariage, l'hypothèque légale de la dot constituée par le contrat de mariage.*

2225. *L'hypothèque légale pour le remploi des propres aliénés date du jour du mariage, ou du contrat, quand il en existe un, pour les femmes mariées antérieurement au Code civil.*

2226. *La femme a, indépendamment de l'action révocatoire, hypothèque légale pour raison de ses biens dotaux aliénés.*

2227. *Elle peut l'exercer pendant le mariage toutes les fois que les immeubles du mari sont aliénés, sans qu'elle ait besoin d'être séparée de biens.*

2228. *A-t-elle, indépendamment de toute inscription, hypothèque légale pour le remploi de ses biens paraphernaux et pour ses autres créances paraphernales ?*

2229. *L'hypothèque légale de la femme se continue sans inscription en faveur de ses représentans quelconques, héritiers ou cessionnaires.*

2230. *Quand la limitation d'hypothèque est consentie pour certaines reprises matrimoniales, cette limitation ne concerne pas les autres reprises non spécifiées.*

2231. *Distinction entre les diverses renonciations faites par la femme à son hypothèque légale.*

2232. *La femme ne peut renoncer directement en faveur de son*

mari à son hypothèque légale que partiellement et moyennant l'observation des formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 du Code civil.

2233. *A l'égard des tiers, la femme mariée sous le régime dotal ne peut pareillement renoncer en leur faveur à son hypothèque légale pour raison de ses biens et droits dotaux.*

2234. *Mais la femme mariée sous le régime de la communauté peut renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un tiers envers lequel elle s'oblige.*

2235. *Elle peut, sans l'observation des formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 du Code civil, consentir la radiation partielle ou totale d'une inscription hypothécaire prise sur un immeuble vendu par son mari et dont elle a garanti la vente solidairement avec lui.*

2236. *La vente faite d'un immeuble par le mari et la femme, avec garantie solidaire entr'eux, emporte subrogation tacite en faveur de l'acquéreur dans l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble vendu.*

2237. *L'obligation solidaire contractée par le mari et la femme, avec hypothèque consentie par la femme sur le bien du mari, emporte pareille subrogation tacite en faveur du créancier sur l'immeuble hypothéqué.*

2238. *Il n'en est pas de même de l'obligation solidaire qui ne contient aucune hypothèque donnée par la femme ni aucun consentement de sa part à l'hypothèque donnée par son mari.*

2239. *Entre plusieurs créanciers subrogés, soit expressément, soit tacitement, par la femme, dans son hypothèque légale, la préférence est due à la priorité de subrogation, et non à la priorité d'inscription de la subrogation, quand la femme paraît avoir renoncé à opposer son hypothèque légale aux premiers créanciers subrogés.*

2240. *Mais quand cette renonciation ne résulte pas de la nature et des circonstances de la subrogation, il n'y a pas lieu à cet ordre de préférence.*

2241. *Les autres créanciers ne peuvent se prévaloir de la renon-*

ciation faite par la femme à son hypothèque légale en faveur de l'un d'eux.

2242. *Le vendeur qui affecte à la garantie de la vente des biens grevés de l'hypothèque légale de sa femme, et qui, n'ayant pas fait inscrire cette hypothèque, ne la déclare pas à l'acquéreur, se rend stellionataire s'il n'est pas constant que l'acquéreur ait eu connaissance de l'hypothèque légale non déclarée.*

2243. *L'obligation imposée au mari, par l'art.* 2130 *du Code civil, de faire inscrire l'hypothèque de sa femme ou de la déclarer, en consentant ou laissant prendre des hypothèques, sous peine d'être réputé stellionataire, s'étend même aux* acquêts du mari et aux conquêts de communauté.

2244. *La femme non commune en biens, qui ne justifie pas que son mari ait profité de l'aliénation de quelqu'un de ses propres, ne peut s'opposer à ce que son inscription soit réduite au montant de ses autres droits matrimoniaux.*

2245. *La limitation à certains biens d'une inscription prise seulement pour certaines créances matrimoniales de la femme n'affranchit pas les immeubles du mari de l'hypothèque légale des autres créances de la femme.*

2212. « Aux termes de l'art. 2092 du Code civil, quiconque s'est obligé *personnellement* est tenu de remplir ses engagemens sur ses biens *meubles et immeubles :* aux termes de l'art. 2093, les *biens* du débiteur sont le gage *commun* de ses créanciers, et le prix doit s'en distribuer entr'eux *par contribution*, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes *légitimes* de préférence : et, suivant l'art. 2094, les causes de préférence sont les priviléges et les hypothèques ; mais ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le créancier, qui veut s'en prévaloir, a observé les formalités pres-

crites pour rendre efficace, à *l'égard des tiers*, son hypothèque ou son privilége » (Considérans d'un arrêt de la Cour de cassation, sect. civ., 11 juin 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom du 11 juillet 1815. J. P., 3e. de 1817, pag. 330).

A la différence des priviléges qui prennent rang d'après leur qualité, et non d'après leur date (art. 2096 du Cod. civ.), les hypothèques n'ont de rang entre les créanciers, et de date à l'égard des tiers que du jour de l'inscription (art. 2113 et 2134 du Code civ.). « Si l'art. 2135 du Code civil, déclare que l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription, au profit des mineurs ou interdits, sur les immeubles de leurs tuteurs, à raison de leur gestion, et au profit des femmes mariées, pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales, sur les biens de leurs maris, c'est par exception à la disposition générale de l'art. 2134, qui, hors les cas exceptés, doit être entendu en ce sens qu'une hypothèque créée sous l'empire du Code est imparfaite et inefficace, si elle n'est complètée par une inscription régulière, sans laquelle la publicité, qui est la base du système hypothécaire, ne saurait exister » (Considérans du susdit arrêt de la Cour de Riom). Il s'ensuit que le créancier qui a un titre hypothécaire est tenu, non seulement pour avoir rang entre les créanciers hypothécaires, mais encore pour être préféré aux simples créanciers chirographaires sur le prix des immeubles qui lui sont hypothéqués, de prendre inscription, et que, à défaut ou en cas de nullité de cette inscription,

il ne peut venir sur ce prix que par contribution (susdit arrêt de la Cour de cassation). Juger autrement, ce serait violer formellement la loi, qui ne reconnait que trois classes de créanciers, les privilégiés, les hypothécaires et les chirographaires; ce serait admettre gratuitement une quatrième classe de créanciers, intermédiaires entre les hypothécaires et les chirographaires.

2213. La disposition de l'art. 2134 du Code civil, qui ne donne de rang entre les créanciers hypothécaires que du jour de l'inscription, est conçue en termes tellement absolus qu'elle exclut toute distinction et exception; en sorte que le créancier même qui, dans son titre, a été prévenu par le débiteur, d'une autre hypothèque, consentie antérieurement devra être préféré au créancier antérieur en titre qui lui a été déclaré, s'il a pris inscription avant lui, et s'il ne résulte d'ailleurs des clauses de son acte aucune convention d'où l'on puisse inférer qu'il ait consenti à ce que, dans tous les cas, l'autre créancier lui fut préféré (Bruxelles, 6 juin 1809. J. P., 3e. de 1810, pag. 286. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 62).

2214. Pour que l'inscription donne le rang d'hypothèque à compter du jour de sa date, il suffit que, l'hypothèque ayant été consentie par le débiteur ou acquise contre lui, avant l'aliénation de l'immeuble hypothèqué, l'inscription ait été prise au plus tard dans la quinzaine de la transcription. Prétendre que l'art. 834 du Code de procédure civile ne donne aux créanciers ins-

crits après l'aliénation, mais au plus tard dans la quinzaine de la transcription, que le droit de requérir la mise aux enchères, ce serait, comme nous l'avons dit n°. 2212, créer, outre les créanciers privilégiés, les hypothécaires et les chirographaires, une quatrième classe de créanciers, qui n'auraient, dans cette hypothèse, aucune priorité de rang sur les chirographaires, mais concourraient avec les hypothécaires pour le droit de surenchérir. La jurisprudence et l'usage pratique ont également repoussé cette interprétation de l'art. 834 et cette introduction, dans le droit, d'un nouvel ordre de créanciers (Bruxelles, 2 janvier 1812. *Sirey,* tom. XII, 2e. part., pag. 305).

2215. « Quand, sur un contrat de vente, il survient une surenchère, et lorsque l'acquéreur, ne se rendant point dernier enchérisseur, ne conserve pas l'immeuble, l'aliénation n'est réellement consommée que par le jugement d'adjudication, puisque la propriété passe directement du vendeur à l'adjudicataire, comme si elle n'avait point résidé en la personne du premier acquéreur ; et ce nouvel acquéreur est tenu, s'il veut purger les hypothèques, de faire transcrire le jugement d'adjudication, et de le notifier à tous les créanciers inscrits. Que si la vente ne se trouve définitivement effectuée que par l'adjudication, et que le jugement, pour ce cas, soit le seul acte translatif de propriété, il suit que les inscriptions prises avant la transcription de ce jugement, ou dans la quinzaine après la transcription, doivent produire leur effet, quoiqu'elles soient posté-

rieures à la transcription du contrat primitif » (Considérans de l'arrêt de la Cour de Paris du 3 avril 1812. J. P., 2e. de 1812, pag. 402.—*Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 41). Elles donnent donc rang d'hypothèque à leur date.

2216. L'article 2135 du Code civil accorde « l'hypothèque légale, au profit des mineurs et interdits sur les immeubles appartenans à leur *tuteur*, à raison de sa gestion ». De là s'est élevée la question de savoir si le père, étant durant le mariage, non pas tuteur, mais administrateur des biens personnels de ses enfants (art. 389 du Code civ.), a, pour cette administration, ses immeubles frappés de l'hypothèque établie par l'art. 2135. Cette question a été résolue affirmativement, par la Cour de Toulouse (23 décembre 1818. J. P., 1er. de 1820, pag. 510. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 201. — *Denevers*, tom. XVII, 2e. part., pag. 29) : « Attendu que toutes les raisons de morale et de sagesse, qui ont déterminé le législateur à accorder aux mineurs, sur les biens de leurs tuteurs, une hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, militent, et plus fortement, s'il est posible, pour faire accorder au fils mineur cette même hypothèque légale sur les biens de son père administrateur ; qu'on ne peut penser que le législateur, après avoir établi positivement que le père était comptable de son administration, ait voulu rendre cette disposition illusoire, en n'accordant au mineur aucune garantie sur les biens du père administrateur, et qu'il ait dépouillé par là, pour la

première fois, cette vigilante sollicitude qu'il a toujours montrée pour la personne et les biens du mineur ; que l'économie des dispositions législatives sur l'autorité paternelle et sur la tutelle repoussent cette supposition ». On dit encore, à l'appui de cette opinion, que l'hypothèque légale existe *à raison de sa gestion*, pour garantir le mineur des dangers de cette gestion ; qu'il n'importe sous quel titre existe cette gestion, si son étendue et ses dangers sont toujours les mêmes ; que, attachée à la qualité de celui pour qui se fait la gestion, et non de celui qui la fait, l'hypothèque doit toujours exister, quelles que soient les différences de qualités du gérant (1).

Mais d'abord, les motifs donnés par la Cour de Toulouse, tirés seulement de l'analogie de l'administration légale du père avec la tutelle, et de l'intention présumée de la loi, sont insuffisants dans une matière de droit exceptionnel, où l'on ne peut jamais conclure, par analogie, pour étendre une disposition d'un cas prévu à un autre qui ne l'est pas, et où il n'est pas permis de présumer que la loi ait voulu plus ou autre chose que ce qu'elle a exprimé. Et, en second lieu, l'analogie même, qui fait la principale force de cette opi-

---

(1) « Si un père, dit Basnage, a eu l'administration des biens de son fils, ses biens deviennent tacitement hypothéqués au reliquat du compte, encore qu'il n'ait point eu la qualité de tuteur par autorité de justice ».

Si quis,cùm tutor non esset, pro tutore negotia gessit : privilegio essè locum manifestum est (L. 19, §. I, ff. *de Reb. auct. judic. possid.*).

Si negotium impuberis aliquis ex officio amicitiæ gesserit, debet bonis ejus venditis, privilegium pupillo conservari. Et ità accepi (L. 23, *Eod. tit.*).

nion, et d'où l'on induit l'intention de la loi, n'est pas tellement complète qu'on ne puisse au contraire trouver, dans la comparaison de l'administration pendant le mariage avec la tutelle après la dissolution du mariage, des raisons directement opposées au système de la Cour. Le père a, dans la mère, durant le mariage, un contradicteur naturel, sans cesse placé auprès de lui, et dont le zèle et la surveillance pour l'intérêt des enfans communs ont pu paraître une garantie assez forte pour contre-balancer le défaut d'hypothèque légale. C'est par la même raison que la loi n'oblige pas de donner un subrogé tuteur au mineur pendant le mariage de ses père et mère, mais seulement lorsque la tutelle commence. Quant à cette objection que l'hypothèque légale existe à raison de la gestion, et qu'elle est attachée à la qualité de celui pour qui se fait la gestion, et non de celui qui la fait, c'est une distinction, ou plutôt une abstraction, purement arbitraire, et que repoussent les termes de la loi, qui, pour cette sorte d hypothèque légale, exige le concours de deux conditions: 1°. qualité de mineur en la personne de l'administré; 2°. qualité de tuteur en la personne de l'administrateur; comme, pour l'hypothèque légale de la femme, la loi requiert le concours de la qualité de femme mariée en la personne de la créancière et de la qualité de mari en la personne du débiteur.

Au reste, pour se convaincre de la véritable intention du législateur à cet égard, il suffit de lire les observations du Tribunat d'après lesquelles

a été admis l'art.389 du Code civil, qui ne se touvait pas d'abord dans le projet. « La section pense, y est-il dit, que cet article (l'art. 390 du C. C.) doit énoncer en termes précis quelle est durant le mariage la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs, soit pour ce qui concerne la propriété de ces biens seulement, s'il a droit à la jouissance, soit pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, si l'une et l'autre appartiennent à ses enfans. Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne fut qualifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfans, assujetti durant le mariage à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur ; il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc.; ce qui répugne à tous les principes constamment reçus. — Il paraît évident que, jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir dans l'hypothèse dont il est ici question, est celui d'administrateur. — C'est sur cette observation qu'est fondée la disposition suivante que la section adopte ». Suit la disposition de l'art. 389, proposée par la section du Tribunat. Le conseiller d'état Berlier, dans l'exposé des motifs de la loi, s'exprimait ainsi : « Tout mineur n'est pas nécessairement en tutelle; celui dont les père et mère sont vivans

trouve en eux des protecteurs naturels; et, s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père. — La tutelle commence au décès du père ou de la mère; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi ». — Nous voyons donc dans ces expressions des auteurs de la loi que l'administration du père, durant le mariage et la tutelle sont deux choses distinctes; que le père administrateur n'est point assujetti aux mêmes conditions et charges que le tuteur; que la tutelle ne commence qu'au décès du père ou de la mère; que ce n'est qu'alors que la loi accorde au mineur une protection plus spéciale.

Concluons de tout ceci que, attendu la nature de l'hypothèque légale, considérée comme droit exceptionnel, il faut s'en tenir au texte littéral de la loi, et dire que, suivant ce texte, comme suivant le sens que ses auteurs y ont attaché, l'hypothèque accordée par la loi au mineur sur les biens de son tuteur, ne peut pas être étendue aux biens du père, simple administrateur durant le mariage; que celui-ci n'est que comptable envers ses enfans, et soumis à l'action personnelle résultante de cette comptabilité.

2217. D'après le principe, exposé au numéro précédent, que l'hypothèque légale ne résulte pas de la gestion seule, mais du concours des qualités déterminées de l'administrateur et de l'administré, la Cour de cassation (sect. civ., 11 novembre 1811, cassant un arrêt de la Cour de Colmar du

18 novembre 1809. J. P., 1er. de 1812, pag. 512. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 132. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 140) a jugé que les biens du cohéritier qui avait géré une succession n'étaient pas, à raison de cette gestion, grevés d'une hypothèque légale envers son cohéritier mineur ou femme mariée, lorsqu'il n'en était ni le tuteur, ni le mari.

2218. Par une conséquence naturelle des mêmes principes, les créances personnelles du mineur contre son tuteur qui ne résultent pas de la qualité de tuteur, ni de la gestion, en cette qualité, mais qui sont dues au mineur à tout autre titre, *putà*, à titre de co-propriétaire ou de co-partageant du tuteur, ne donnent pas une hypothèque légale au mineur, mais seulement une action personnelle, ou toute autre action qui résulterait de la nature du titre (Bruxelles, 30 janvier 1808. J. P., 1er. de 1810, pag. 254. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 524).

2219. Mais, quelque peu de tems qu'ait duré la tutelle proprement dite, celle qui commence au jour du décès du père ou de la mère, et bien qu'elle ait été conférée presqu'immédiatement à un autre parent que le survivant des père et mère, il suffit qu'il y ait eu véritable tutelle, tutelle légitime, et administration en vertu de cette tutelle, pour que le mineur ait acquis, pour l'administration pendant la tutelle, hypothèque légale sur les biens du survivant de ses père et mère, qui a été revêtu de cette tutelle (Colmar, 22 mai 1816. J. P., 1er. de 1817, pag. 184. — *Sirey*,

tom. XVII, 2[e]. part., pag. 207. — *Denevers*, tom. XV, 2[e].part., pag. 34).

2220. L'art. 2135 du Code civil, placé sous la rubrique du rang que les hypothèques ont entr'elles, dit que « l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription.... 2°. au profit des femmes pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leurs maris, et *à compter du jour du mariage* ». Mais les art. 2194 et 2195, placés sous la rubrique du mode de purger les hypothèques, semblent accorder une autre date à l'hypothèque légale de la femme. Ils disent que les inscriptions prises dans le délai utile par les femmes, sur les biens vendus par leurs maris, auront le même effet que si elles avaient été prises *le jour du contrat de mariage....* (art. 2194); « Auront toujours *la date du contrat de mariage* ». Du rapprochement de ces dispositions, qui semblent se contredire, naît la question de savoir de quel jour date l'hypothèque de la femme, si c'est du jour du contrat de mariage ou seulement du jour du mariage.

Il faut d'abord convenir que, si ces dispositions ne sont pas contradictoires, du moins elles ne sont pas rédigées assez clairement pour montrer de la concordance, et que le texte de la loi ne peut aider à la solution de la question.

Nous ne remonterons point aux anciennes lois; car, sous ces lois, l'hypothèque existant toujours à la date d'un contrat notarié, sans qu'il soit besoin d'inscription, il s'ensuivait naturellement qu'elle existait, dans l'espèce, à la date du contrat de

mariage, comme à la date de tout autre acte qui contenait une obligation. Mais, les lois nouvelles ayant établi la règle contraire que l'hypothèque en général ne résulte pas du contrat seul et n'existe pas à la date de ce contrat, la question n'est alors susceptible d'être résolue ni par l'esprit, ni par le texte des anciennes lois, dont la base est entièrement changée. Or, les lois anciennes ne pouvant par leur nature être d'aucun secours, et les lois nouvelles n'en offrant aucun non plus, par l'insuffisance de leur texte, nous n'avons à en chercher que dans l'esprit de ces dernières et dans les motifs qui ont présidé à leur confection.

Donnera-t-on à la femme une hypothèque indépendante de toute inscription, à la date du contrat de mariage, comme l'a jugé la Cour de Paris (29 novembre 1808. J. P., 3e. de 1809, pag. 66), et comme l'ont paru penser, dans leurs considérans, la Cour d'Angers (25 août 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 109), et la Cour d'Orléans (14 novembre 1817. J. P., 3e. de 1819, pag. 126)? « Considérant, dit la première, que c'est une maxime du Droit français, qui n'a jamais été controversée entre les jurisconsultes anciens et modernes, que la femme mariée a hypothèque sur les biens de son mari, pour sûreté de sa dot et conventions matrimoniales, du jour du contrat de mariage ou de la célébration » : « Considérant, dit la seconde, que l'hypothèque légale qui résulte, pour la femme, de son contrat de mariage frappe sur etc. ». Ce système offre l'inconvénient

grave de laisser au mari la facilité de tromper les tiers. Il peut, dans l'intervalle du contrat au mariage, souscrire des obligations, consentir des hypothèques en faveur de tiers qui ne connaissent point le contrat de mariage, et qui n'ont vu aucune hypothèque sur les biens de leurs débiteurs; et, lorsqu'ils se présenteront pour exercer leurs droits, ils se trouveront primés par une femme, dont le mariage sera postérieur à leur créance, et qui leur opposera seulement un contrat, qu'aucune circonstance ne leur aura fait connaître ni même présumer. Cette opinion semble inadmissible, comme contraire à la publicité du système hypothécaire. Une exception a pu être faite à cette publicité pour la femme mariée, parce que le mariage est un acte public, facile à connaître, dont peuvent s'informer les tiers avant de contracter avec le mari; mais on ne doit pas l'étendre à la femme qui n'est pas encore mariée, qui n'a pour elle qu'un acte particulier, dont rien n'annonce l'existence.

D'un autre côté, si on veut que la femme n'ait hypothèque que du jour du mariage, il pourra en naître un autre inconvénient, également grave, non contre les créanciers, mais contre la femme. Le mari aura la plus grande latitude pour la frustrer de ses droits: il n'aura, dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage, qu'à souscrire des obligations, soit réelles, soit fictives, et à faire inscrire des hypothèques données pour sûreté de ces obligations. Les créanciers primeront alors la femme, la priveront des avantages qui lui auront été con-

sentis, et même de la dot dont elle aura saisi le mari, le jour même du contrat, comme cela arrive le plus souvent. Envain on dira que la femme devra prendre la précaution de ne point délivrer la dot avant le mariage, et ne le réaliser que si l'état des inscriptions qu'elle levera lui montre qu'aucun créancier n'est venu la primer depuis le contrat: soit: mais, s'il a plu à la femme de délivrer la dot au mari le jour même du contrat, pourquoi ne pourrait elle pas obtenir une sûreté pour cette dot? Lui en refuser le moyen, ne serait-ce pas violer manifestement l'esprit de la loi, qui environne toujours de sa protection les intérêts des femmes.

Malgré l'inconvénient que nous venons de signaler, et auquel nous montrerons d'ailleurs le moyen de parer, nous pensons, avec M. Grenier, que l'hypothèque légale des femmes pour leurs dot et conventions matrimoniales n'existe indépendamment de toute inscription qu'à compter du jour de la célébration du mariage, soit qu'elles aient fait ou non un contrat de mariage. « D'après l'art. 2135, dit M. Grenier, *Traité des hypothèques*, n°. 243, il est évident qu'on ne doit donner date à l'hypothèque que du jour de la célébration du mariage, ou, ce qui est de même, de l'acte de l'état civil. Cela résulte nécessairement de ces expressions *et à compter du jour du mariage*. Il est vrai qu'on voit dans l'art. 2194, que les inscriptions qui seront faites par la femme, ou sous son nom, après le dépôt et les notifications qu'il prescrit, auront le même effet que si

elles étaient prises le jour du *contrat de mariage*. La dernière partie de l'art. 2195 semble fixer encore la date de l'hypothèque légale à celle du *contrat de mariage;* et tout cela pourrait faire supposer que, dans ces articles, le législateur a entendu que l'hypothèque remonterait à l'acte, qui constate les conventions civiles, connues autrefois sous le nom de *contrat de mariage*. On pourrait dire encore que ces articles, étant postérieurs dans l'ordre d'écriture, doivent être considsérés ou comme une modification ou comme uneinterprétation du premier,et qu'il endoit fixer le véritable sens. — Mais je ne pense pas qu'on doive être touché de ces dernières objections. On doit voir dans l'emploi de ces termes, des art. 2194 et 2195, *le jour du contrat de mariage* ou une inadvertance, produite par les anciennes habitudes, ou l'intention même d'exprimer l'acte de l'état civil, qui est le vrai contrat de l'union civile, et qui, à la rigueur, pourrait être entendu par ces mots le *contrat de mariage*, en les prenant seulement dans une acception nouvelle, différente de l'ancienne. En sorte qu'il faut s'en tenir au premier trait de la volonté du législateur, que présente l'art. 2135. — Il est encore vrai qu'on peut dire que, si la rétroactivité de l'hypothèque à l'acte notarié qui règle l'intérêt des époux, lorsqu'il y a un intervalle considérable entre cet acte et la célébration du mariage, peut produire de graves inconvéniens respectivement à des tiers, ce défaut de rétroactivité peut en faire naître également contre la femme, puisque, si son hy-

pothèque remonte seulement à la célébration du mariage, elle peut, dans le cas d'obligations ou ventes intermédiaires de la part du mari, se trouver sans ressources pour sa dot, qui aura pu être reçue par le mari, ainsi que pour ses reprises. — Mais il y a une réponse à faire à cette objection, et qui est décisive : c'est que, lorsque la loi a prescrit des règles pour veiller à la conservation d'intérêts respectifs qui peuvent être opposés entr'eux, elle se prononce naturellement plutôt contre celle des parties qui a négligé de prendre ses sûretés, le pouvant très-bien, que contre celle au pouvoir de laquelle il n'était pas de prendre les siennes ». L'opinion de M. Grenier se fortifie encore de cette circonstance que l'art. 2135, 2°., a été substitué à un article du projet du Code civil, ainsi conçu : « La femme commune a sur les biens de son mari, *du jour de son contrat de mariage*, ou, s'il n'y a pas de contrat, *du jour de la célébration du mariage*, une hypothèque légale pour toutes ses reprises et droits matrimoniaux, et même pour la remplir de ses propres aliénés, et pour l'indemnité des dettes auxquelles elle s'est obligée avec son mari, lors même, que, à cet égard, il n'y a dans le contrat aucune convention. La femme séparée de biens par son contrat de mariage a les mêmes hypothèques, etc., etc. ». Cette différence de rédaction entre le projet de Code et le Code même montre clairement que l'intention des auteurs de la loi n'a pas été d'accorder à la femme l'hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, à partir du jour

du contrat de mariage, s'il en avait été fait un, mais seulement, dans tous les cas, à partir du jour du mariage.

Quant à l'inconvénient résultant de ce que le mari, qui aurait reçu la dot le jour du contrat de mariage, pourrait, dans l'intervalle de ce jour la célébration du mariage, donner à des tiers des hypothèques qui absorberaient la valeur de ses immeubles, et rendraient illusoire l'hypothèque légale de sa femme, il est facile d'y parer. Indépendamment de son hypothèque légale, la femme peut user du droit commun, dont aucune disposition de la loi ne l'exclut, pour se faire consentir par son mari, dans le contrat de mariage, une hypothèque spéciale sur ses immeubles présens, pour sûreté de la dot reçue et même des autres conventions matrimoniales : car, bien que subordonnées à la condition de l'événement du mariage, ces conventions, comme toute obligation conditionnelle, peuvent être garanties par une hypothèque conventionnelle, sauf la résolution de l'hypothèque, à l'égard des conventions, si le mariage ne s'ensuit pas. Mais cette hypothèque conventionnelle ne pourra avoir date avant le mariage qu'autant qu'elle aura été inscrite ; et elle aura date ou rang du jour de l'inscription prise avant le mariage, parce qu'elle tirera sa force du droit commun sur les hypothèques conventionnelles, et non des art. 2194 et 2195, qui ne peuvent être entendus, selon nous, que dans le sens expliqué par M. Grenier.

2221. Par l'arrêt du 29 novembre 1808, cité

au numéro précédent, la Cour de Paris a jugé aussi que, lorsque, postérieurement au mariage, le mari, qui avait la faculté de rendre la dot à sa femme, lui constitue une rente viagère pour lui en tenir lieu, l'hypothèque n'en existe pas moins, au profit de la femme, du jour du contrat de mariage. Nous avons attaqué le principe, adopté par la Cour, qui accorde à la femme l'hypothèque du jour du contrat indépendamment de toute inscription; mais, laissant ce principe, indifférent pour cette seconde question, nous pensons, avec la Cour, que l'hypothèque, malgré cette conversion du capital de la dot en une rente viagère, n'en doit pas moins subsister pour cette rente à la même date qu'elle subsistait pour le capital, quelle que soit la date qu'on veuille accorder à l'hypothèque pour ce capital (1). Ce n'est pas le cas d'appliquer ici le principe énoncé en l'art. 1278, qui, lors de la novation, n'accorde pas, sauf le cas de réserve expresse, à la nouvelle créance les hypothèques de l'ancienne. Car il n'y a pas ici de novation, à proprement parler: il n'est opéré de changement que dans le mode de paiement de la créance, et non dans la créance, qui est toujours la même, puisque c'est toujours la dot qui reste due.

2222. Au rang des conventions matrimoniales pour lesquelles la femme a hypothèque légale à compter du jour du mariage il faut mettre les

---

(1) Voyez Pothier, *Traité des Obligations*, part. III, chap. II, art. 4, §. III.

dons et avantages, même éventuels, que lui a faits son mari : car ces dons et avantages sont de véritables conventions, puisqu'ils contiennent concours du consentement des deux parties sur un même objet (1), savoir consentement du mari pour donner, soit actuellement, soit éventuellement, et consentement tacite ou exprès de la femme pour accepter. Ainsi, dans un ordre la femme doit être colloquée à la date de son mariage, pour son douaire, son préciput et ses autres gains de survie, quoiqu'éventuels (Metz, 18 juillet 1820. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 365).

2223. Mais comme c'est par une exception au droit commun que la femme a une hypothèque légale sur les biens de son mari pour sa dot et ses conventions matrimoniales, et que les exceptions ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre, ni d'une personne à une autre, la donation faite par un tiers à la femme, quoique contenue au contrat de mariage, et faisant partie des conventions matrimoniales, n'emporte pas hypothèque, si le contrat n'en contient pas affectation spéciale (Paris, 1er. mai 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 311).

2224. Nous avons dit, tom. V, no. 1561, que le Code civil n'exige pas, comme l'édit du 19 mars 1696, que les quittances de dot soient passées devant Notaires. Quand la constitution de dot est constatée par le contrat de mariage, ou par un autre titre authentique antérieur à la célébration du mariage, à quelqu'époque que cette dot

(1) Conventio est in idem placitum consensus.

soit reçue par le mari, et même, lorsque, n'ayant pas été reçue, le mari en est devenu responsable par le laps de dix ans sans poursuites depuis l'échéance des termes, elle emporte hypothèque légale pour la femme à partir du jour du mariage, aux termes de l'art. 2135, 2°., qui ne distingue pas entre la dot payée comptant et la dot payée après le mariage, ou non payée faute de diligences faites dans les dix ans. Le défaut de date certaine des quittances sous seing-privé de la dot ne pourra donc pas être opposé à la femme, puisque la date en est indifférente quant à l'hypothèque ; et leur nature d'actes sous seing-privé ne pourra non plus lui être opposée pour lui contester son hypothèque légale à raison de la dot, puisque le Code civil ne prescrit pas de les passer devant Notaire. Si donc elles ne présentent aucun indice de fraude, et si les créanciers ne les attaquent pas comme frauduleuses, elles seront suffisantes pour conférer l'hypothèque légale à dater du jour du mariage (*Cass.*, sect. des req., 16 juillet 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 40. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 313).

2225. « Lorsque le Code civil, a dit la Cour de cassation, dans les considérans de l'arrêt ci-après cité, dispose, art. 2135, que l'hypothèque des femmes sur les biens de leurs maris, pour le remploi de leurs propres aliénés, date, non du jour du mariage, mais du jour des aliénations, il est évident que cette disposition ne statue que pour l'avenir, et uniquement à l'égard des femmes

mariées depuis la publication du Code ; et que, à l'égard de celles mariées antérieurement, tout ce qui tient à la constitution et au rang de leurs hypothèques est régi par les lois anciennes, sauf toutefois les droits que les tiers auraient pu acquérir à leur préjudice, en vertu de la loi de brumaire an VII ». En effet, les femmes ayant été assujetties par cette loi à la formalité de l'inscription pour la conservation de leur hypothèque, elles ont pu, faute d'avoir rempli cette formalité, perdre leur rang, si d'autres créanciers de leurs maris ont, sous l'empire de cette loi, fait inscrire leurs créances. Mais, à l'égard de tous créanciers qui ne se sont fait inscrire que sous l'empire du Code civil, la femme conserve le rang d'hypothèque que lui donnaient les anciennes lois sous l'empire desquelles elle s'est mariée; et, par conséquent, à dater du jour de son mariage ou de son contrat de mariage, quand elle en a fait un (1), non-seulement pour sa dot et ses conventions matrimoniales, mais encore pour le remploi de ses propres aliénés, l'indemnité des dettes qu'elle a contractées, et les sommes dotales provenant de successions à elle échues ou de donations à elles faites pendant le mariage, si les anciennes lois lui donnaient ce rang d'hypothèque pour toutes ces causes (*Cass.*, sect. civ., 10 février 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen du 25 juillet 1814.. J. P., 1er. de 1817, pag.

(1) Voyez no. 2220, pag. 528.

468. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 185. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 132).

2226. L'art. 1560 du Code civil donne à la femme ou aux héritiers de la femme mariée sous le régime dotal une action révocatoire, pour raison de ses immeubles dotaux aliénés pendant le mariage, contre le vœu de l'art. 1554. On avait prétendu que la concession de cette action suffisait pour assurer ses droits et excluait toute autre action, même celle de l'hypothèque légale sur les biens de son mari, pour raison de ces immeubles aliénés. Mais la Cour de cassation a rejeté cette prétention : « Vu la loi 30, au Code, *de Jure dotium* (1) et les art. 2121, 2135 et 2195 du Code civil : Considérant que, par leur contrat anté-nuptial, du 8 floréal an IX, les mariés ont stipulé que, quant à leur mariage, ils ne seraient règlés que par les lois du pays de droit écrit : que la loi romaine donne à la demanderesse, à raison de ses biens dotaux aliénés, et l'action révocatoire desdits biens, et l'action hypothécaire sur les biens de son mari, afin que, comme s'en explique cette loi, la demanderesse ait à ce sujet toutes les garanties possibles, *ut ei plenissimè consulatur* : que le Code civil, sous l'empire duquel la demanderesse a exercé son action hypothécaire, lui a lui-

(1) In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus (si tamen extant), sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem, in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prerogativam (jubemus)... Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere.... ut.... per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissimè consulatur. L. 30, Cod. *de Jur. dot.*

même conservé cette action de la manière la plus formelle; l'art. 2121 accorde à la femme le premier rang entre les hypothèques légales; l'art. 2135 fixe la date de l'hypothèque de la dot au jour même du mariage, et la dispense de l'inscription; l'art. 2195 fait défense à l'acquéreur des biens du mari de faire aucun paiement à des créanciers qui n'auraient pas une hypothèque antérieure à celle que la femme aurait fait connaître lui appartenir : — Considérant que ces articles sont communs aux femmes mariées sous le régime dotal et à celles mariées en communauté, le Code civil n'exprimant, n'indiquant même aucune distinction entre elles, respectivement aux hypothèques qu'il accorde aux femmes sur les biens de leurs maris » (*Cass.* sect. civ., 24 juillet 1821, cassant un arrêt de la Cour d'Amiens du 22 juin 1819. J. P., 3e. de 1821, pag. 427). Ajoutons qu'il n'y avait point de raisons pour faire cette distinction; car l'action révocatoire peut devenir insuffisante, soit parce qu'un acquéreur insolvable aura dégradé l'immeuble, soit parce qu'un autre acquéreur y aura fait des améliorations que la femme ne pourra rembourser; d'où résulte, dans l'un et l'autre cas, la nécessité pour la femme d'un recours contre son mari, et d'une hypothèque légale sur les biens de celui-ci, pour sûreté de ce recours.

2227. De plus, comme l'hypothèque légale de la dot existe du jour du mariage, ainsi que vient de le dire la Cour de cassation, il s'en suit qu'elle peut être exercée pendant le mariage toutes les

fois que les immeubles sur lesquels elle porte, les immeubles du mari, sont aliénés, sans que pour l'exercer, la femme ait besoin d'être séparée de biens: « Considérant qu'aucun paiement ne peut être fait ni ordonné au profit de créanciers qui, n'ayant pas d'hypothèque antérieure à la sienne, ne peuvent être colloqués en ordre utile avant elle; que, si les circonstances sont telles que la femme ne puisse être actuellement autorisée à recevoir, ce n'est pas une raison pour ne pas la colloquer à son rang, et pour distribuer, à son préjudice, entre des créanciers postérieurs, les fonds sur lesquels elle doit être préférée; qu'alors c'est aux tribunaux, après avoir colloqué la femme au rang que la loi lui assigne, à pourvoir à ce que les fonds lui soient conservés jusqu'à l'instant où elle pourra les recevoir et en donner quittance valable, soit en autorisant l'acquéreur à les retenir dans ses mains, soit en ordonnant tout autre emploi qui mette en sûreté la créance de ladite femme » (Même arrêt.).

2228. L'hypothèque légale de la femme existe-t-elle, indépendamment de toute inscription, pour le remploi de ses biens paraphernaux aliénés et pour ses autres créances paraphernales? Cette question a été résolue affirmativement par deux arrêts de la Cour de Riom, l'un du 19 août 1817 (*Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 148. — *Denevers*, tom. XVI, 2e. part., pag. 2), l'autre du 20 février 1819 (*Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 275); et négativement par quatre arrêts, l'un de la Cour d'Aix, du 19 août 1813 (*Sirey*, tom. XIV,

2ᵉ. part., pag. 239. — *Denevers*, tom. XII, 2ᵉ. part., pag. 79), deux autres de la Cour de Grenoble des 18 juillet 1814, et 24 août même année (*Sirey*, tom. XVIII, 2ᵉ. part., pag. 294 et 295. — *Denevers*, tom. XV, 2ᵉ. part., pag. 149), et le quatrième de la Cour de Toulouse du 4 juin 1816 J. P., 3ᵉ. de 1817, pag 103. — *Sirey*, tom. XVIII, 2ᵉ. part., pag. 44. — *Denevers*, tom. XV, 2ᵉ. part., pag. 116).

Pour la négative, on a dit que l'art. 2121 du Code civil, qui accorde une hypothèque légale à la femme, à raison de ses droits et créances, sur les biens de son mari ne fait que déterminer le caractère de cette hypothèque, en lui donnant une existence *ipso jure*, sans convention et sans jugement, mais qu'il ne la dispense point, en général, de la formalité de l'inscription; que l'art. 2134 n'accorde rang à l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, que du jour de l'inscription, sauf les exceptions portées en l'article suivant; que l'hypothèque légale de la femme pour le remploi de ses paraphernaux ou pour ses autres créances paraphernales n'est pas comprise dans les exceptions portées en l'art 2135; qu'en effet la seule disposition de cet article qui semble pouvoir s'appliquer à ce genre de créance est celle qui accorde à la femme l'hypothèque sans inscription pour le remploi de ses propres aliénés, à compter du jour de l'aliénation; mais que, par les propres d'une femme, on n'entend, en droit, que les biens de la femme commune qui n'entrent point dans

la communauté ; que, le mari ayant la jouissance et l'administration, comme chef de la communauté, des propres de sa femme, étant tenu au remploi du prix des propres aliénés, a dû naturellement être assujetti à l'hypothèque sans inscription, comme le mari, sous le régime dotal, y est assujetti pour les créances dotales de sa femme, parce que la responsabilité est la même, parce que, dans l'un et l'autre cas, la femme est dans l'impuissance de veiller à ses biens; mais que, ces raisons ne subsistant pas à l'égard des biens paraphernaux ou créances paraphernales dont la femme a l'entière administration et jouissance, et au remploi desquels aucune disposition de la loi n'assujettit expressément le mari, on ne peut y appliquer, par voie d'analogie, l'exception concernant les propres de la femme mariée sous le régime de la communauté; qu'ainsi la femme rentre, à cet égard, dans la règle générale posée par l'art. 2134, et ne peut avoir rang d'hypothèque, pour le remploi de ses paraphernaux et pour ses créances paraphernales, qu'à dater du jour de son inscription.

Mais pour l'affirmative, on a répondu, avec plus de raison, selon nous, qu'il n'est ni dans l'esprit, ni dans la lettre de la loi de soustraire aucune des créances de la femme contre son mari, à l'hypothèque légale existante indépendamment de l'inscription. En effet, quant à l'esprit de la loi, nous voyons d'abord dans l'Exposé des Motifs, fait par le conseiller d'état Treilhard, que, après avoir accordé l'hypothèque légale « à trois sortes de

personnes : aux femmes sur les biens des maris, aux mineurs et aux interdits sur les biens des tuteurs, à la nation, aux communes et aux établissemens publics sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables », les auteurs de la loi ont cru « devoir adopter une distinction tirée de la position différente de ceux à qui la loi a donné l'hypothèque ». — « La femme, les mineurs, les interdits, a dit le conseiller d'état, sont dans une impuissance d'agir, qui souvent ne leur permet pas de remplir les formes auxquelles la loi attache le caractère de publicité.... Le défaut d'inscription ne peut donc leur attirer aucune espèce de reproche.... Au reste, à côté de cette disposition, qui ne permet pas d'opposer aux femmes et aux mineurs le défaut d'inscription, nous avons placé toutes les mesures coercitives contre les maris et les tuteurs pour les forcer à prendre les inscriptions que la loi ordonne ». Il résulte bien clairement de ces expressions que, si la loi a entendu, par la règle générale de l'art. 2134, faire dépendre de l'inscription quelques hypothèques légales, ce n'est assurément ni aucune des hypothèques légales de la femme, ni aucune de celles des mineurs ou interdits, mais seulement celles de la nation, des communes, ou autres établissemens publics, sur les biens de leurs comptables. Il faut donc nécessairement, dans l'esprit de la loi, lier l'art. 2121, qui accorde l'hypothèque légale aux femmes, avec l'art. 2135, qui veut que cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription. Or, l'art. 2121

attribue, d'une manière absolue et générale, aux *droits et créances* des femmes mariées, l'hypothèque légale sur les biens de leurs maris; et, suivant l'art. 2135, l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription au profit des femmes: cette hypothèque existe donc sans inscription pour tous les droits et créances de la femme contre son mari, et, par conséquent, pour le remploi de ses biens paraphernaux, quand il est dû, et pour ses autres créances paraphernales, aussi bien que pour ses créances dotales.

En second lieu, cet esprit de la loi se démontre par le changement de rédaction qui a été fait à l'art. 2135 du Code civil. L'article du projet portait: « l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription, ... ; 2°. au profit des femmes, pour raison de leurs dot, reprises et conventions matrimoniales ». La section de législation du Tribunat observa que les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de l'ouverture de ces successions, ce qui s'appliquait également aux donations; que, d'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle aliène *ses immeubles*, elle ne doit avoir hypothèque pour son indemnité, dans ces deux cas, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. Sur cette observation, on retrancha du projet de l'article le mot de *reprises*, et on ajouta les deux alinéas suivans de la rédaction définitive, qui, ayant pour objet de

remplacer toutes les causes de reprises nées postérieurement au jour du mariage, comprennent nécessairement, dans l'esprit de la loi, les créances paraphernales, comme les créances dotales.

Quant à la lettre de la loi, elle se prête également à cette interprétation: d'abord, parce que l'art. 2121 comprend expressément tous les droits et créances de la femme; et, ensuite, parce que, en supposant que l'énumération faite par l'art. 2135 ne soit pas aussi complète que le comporte la généralité des termes de l'art. 2121; en admettant, contre le véritable sens de la langue du droit que le mot de *propres* doive s'entendre seulement des immeubles personnels de la femme commune qui n'entrent point dans la communauté, et non pas de tous immeubles personnels à la femme, par opposition à ceux où elle pourrait avoir part comme conquêts du régime de communauté, ou comme acquêts de société du régime dotal, ce qui rend le mot véritablement applicable à l'un et à l'autre régime, soit même qu'il n'y ait ni communauté de biens, ni société d'acquêts, on trouverait encore, dans la lettre des art. 2193, 2194 et 2195 du Code civil, une raison invincible pour appliquer l'art. 2135 aux créances paraphernales de la femme. Car il résulte de ces trois articles que les acquéreurs des immeubles des maris ne purgent les hypothèques non inscrites des femmes mariées pour leurs dots, *reprises*, et conventions matrimoniales, qu'en observant les formalités prescrites par ces articles; et comme les créances paraphernales des femmes

constituent un des genres de reprises qu'elles ont à exercer sur leurs maris, il s'en suit que ces créances rentrent nécessairement dans les dispositions générales de ces articles ; que, par conséquent, les femmes mariées ont une hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, sur les biens de leurs maris, pour le remploi de leurs biens paraphernaux, et autres créances paraphernales, comme pour toutes leurs autres reprises.

2229. L'hypothèque légale de la femme se continue sans inscription, en faveur de ses représentans quelconques, héritiers ou cessionnaires : « Attendu que l'hypothèque légale, ainsi que l'obligation principale dont elle forme un accessoire, est un droit transmissible aux héritiers et ayant cause. Etablie par la loi, elle ne peut subir, durant son existence, d'autres modifications que celles que la loi auraient déterminées, et elle ne peut cesser d'exister que par les causes voulues par la loi : — Attendu qu'ainsi l'art. 1495 du Code civil, qui accorde à la femme le droit d'exercer toutes ses actions et reprises, l'accorde de même à ses héritiers, à l'exception de ce qui concerne le prélèvement des linges et hardes, le logement et la nourriture, pendant le délai donné pour faire inventaire et délibérer, déclarant que ces droits sont purement personnels à la femme survivante. — Si donc le législateur avait eu l'intention de n'accorder qu'à la femme seule, et pendant le mariage, les avantages qu'il a attachés à l'hypothèque légale, il s'en serait ex-

pliqué, comme il l'a fait à l'égard des reprises à exercer dans le cas de la renonciation à la communauté : et de son silence on doit conclure que le changement d'état de la femme n'en apporte aucun aux droits résultans de l'hypothèque légale, et que ces droits se conservent dans leur intégrité, tels qu'ils ont été établis, jusqu'à l'extinction de l'hypothèque, opérée par l'une des causes indiquées par l'art. 2180. — En outre, si l'hypothèque légale devait cesser au moment de la dissolution du mariage, il s'en suivrait que le droit résultant de ladite hypothèque serait purement illusoire, puisqu'il ne se trouverait accordé que durant le tems où la femme ne pourrait en user, et qu'il cesserait d'exister au moment où il pourrait être mis en action — Attendu que, l'hypothèque légale subsistant toute entière à la dissolution du mariage, elle doit conserver ses deux principaux attributs, qui consistent en ce qu'elle existe indépendamment de toute inscription, et en ce que, en cas d'aliénation, elle ne peut être purgée par les nouveaux acquéreurs sans que la femme ou ses représentans aient été nominativement avertis, ainsi que nous l'apprend un avis du Conseil d'état, du 9 mai 1807, approuvé par l'Empereur, le 1er. juin suivant, où, en parlant de l'obligation, portée par l'article 2194 du Code civil, de signifier l'acte de dépôt au greffe du contrat translatif de propriété, tant à la femme qu'au procureur impérial, il est dit que l'exécution de cette disposition est possible

toutes les fois que la femme, ou ceux qui la représentent sont connus » (Turin, 10 juin 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 199).

2230. Le principe général que personne n'est facilement présumé renoncer à ses droits s'applique avec plus de sévérité encore lorsqu'il s'agit des femmes, à l'intérêt desquelles la loi veille spécialement. Dès-lors, la limitation, autorisée par l'art. 2140 du Code civil, relativement à leur hypothèque légale ne pourra s'étendre au de-là du terme dans lesquels elle sera conçue. Ainsi, quand la restriction de l'hypothèque est consentie à raison de la dot et du douaire, cette restriction ne concerne pas les autres reprises matrimoniales non spécifiées. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Paris (29 mai 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 72) sous la loi du 11 brumaire an VII; et ce qui, par les raisons qui viennent d'être expliquées, le seraient également sous l'empire du Code civil.

2231. Après avoir traité de la date et de l'étendue de l hypothèque légale de la femme, nous allons traiter de la renonciation à cette hypothèque, et voir si elle peut avoir lieu, comment elle a lieu, et quels sont ses effets.

Les art. 217 et 218 du Code civil disent : « La femme, même non commune, ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit » (art. 217).—Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation » (art. 218).

De ces articles il suit évidemment que la femme peut consentir toutes les obligations qui ne lui sont pas interdites par une loi particulière (art. 1123 et 1124 du Code civ.). La question n'est donc plus que de savoir si une loi particulière lui défend de renoncer à son hypothèque légale.

Ici il est besoin de faire deux distinctions fondamentales ; l'une relativement aux personnes vis-à-vis desquelles la renonciation aurait lieu, et l'autre relativement aux femmes qui feraient cette renonciation.

2232. La renonciation a lieu ou vis-à-vis du mari ou vis-à-vis d'un tiers.

Vis à-vis du mari, les art. 2144 et 2145 s'expriment ainsi : « Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parens d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisans pour la conservation des autres droits de la femme » (art. 2144). — « Les jugemens sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur du Roi, et contradictoirement avec lui. — Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées » (art. 2145 du Code civ.).

La renonciation à l'hypothèque légale ne peut donc être vis-à-vis du mari que partielle, ne peut être qu'une réduction aux immeubles suffisans ;

et elle ne peut avoir lieu que du consentement de la femme, après l'avis d'un conseil de famille, par un jugement rendu sur les conclusions du ministère public. Et ces dispositions des art. 2144 et 2145, étant conçues en termes généraux, s'appliquent à toutes les femmes, sous quelque régime qu'elles soient mariées.

2233. Mais quand la renonciation a lieu vis-à-vis des tiers, c'est alors qu'il faut faire une distinction entre les femmes mariées sous le régime dotal et celles qui le sont sous le régime de la communauté.

Pour les femmes mariées sous le régime dotal, il existe effectivement dans la loi une disposition particulière qui leur défend de renoncer à leur hypothèque légale vis-à-vis des tiers, pour raison de leurs biens ou droits dotaux, d'en consentir aucune subrogation, qui serait une véritable aliénation de sa dot, et, par conséquent, une contravention au principe d'inaliénabilité des biens dotaux, principe qui est la base du régime dotal.

C'est ce qui a été jugé avec raison, pour des renonciations faites sous le nouveau droit par des femmes mariées antérieurement sous le droit romain (*Cass.*, sect. des req., 28 juin 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris du 1er. juillet 1809. J.P., 2e. de 1810, pag. 421.— Paris, 26 août 1820 déjà cité, tom. V, no. 1546): « Attendu, dit la Cour de cassation, que le contrat de mariage contient une constitution générale de dot de tous les biens meubles et immeubles de l'épouse; que, par une telle constitution faite

sous l'empire du Droit romain la dot est inaliénable ; que la Cour d'appel, en jugeant que la cession, faite par l'épouse, de la priorité de son hypothèque sur les biens de son mari est une véritable aliénation de sa dot, et que cette aliénation est nulle, ne peut avoir violé la loi ». (*Voy.* aussi, tom. II, pag. 158 et suivantes, ce que nous avons dit des femmes mariées sous les anciens statuts).

C'est également ce qu'il faudrait décider pour une femme mariée sous le régime dotal actuel et ce qui résulte implicitement des arrêts ci-après (*Cass.*, sect. civ., 1er. février 1819, déjà cité, tom. V, n°. 1546.—Montpellier, 22 juin 1819; et Nismes, 21 juin 1821, cités tom. V, n°. 1557), qui ont jugé que la femme mariée sous le régime dotal ne peut, même avec le consentement de son mari, aliéner sa dot, même mobilière. Or, si elle ne peut aliéner sa dot mobilière, elle ne peut consentir la subrogation dans son hypothèque légale, subrogation que nous venons de voir être une véritable aliénation. Nous ferons même observer que les deux derniers de ces arrêts appliquent cette règle même à la femme après sa séparation judiciaire. Nous renvoyons, pour l'exposé des principes sur lesquels ces arrêts sont appuyés, au titre du *Contrat de mariage;* et aux motifs des arrêts que nous allons citer, dans les numéros suivans, relativement à la femme non mariée sous le régime dotal. Dans la plupart de ces motifs, les Cours ne valident les renonciations de la femme à son hypothèque, que parce qu'il

ne s'agit pas de femmes mariées sous le régime dotal.

2234. En traitant la question relativement à la femme mariée sous le régime de la communauté, nous allons comprendre sous cette dénomination, comme le fait la loi, et la femme commune, et la femme non commune, et la femme séparée de biens.

Pour ces femmes, aucune disposition particulière, restrictive de la liberté accordée par les art. 217 et 218, ne vient, comme pour les femmes mariées sous le régime dotal, leur défendre de renoncer en faveur des tiers à leur hypothèque légale.

Au contraire, la loi, en leur donnant le pouvoir d'aliéner leurs biens propres, leur donne nécessairement celui d'aliéner leur dot et leurs reprises, qui ne sont que des créances contre le mari, de veritables propres. L'art. 1431, en leur permettant de s'obliger solidairement avec leur mari vis-à-vis des tiers, leur permet, par conséquent, de se mettre dans le cas d'être contraintes, d'être expropriées de leurs droits sur leur mari, de leur hypothèque légale, comme de tout autre bien, leur permet donc implicitement de renoncer à leur hypothèque légale en faveur du tiers vis-à-vis de qui elles s'obligent, de le subroger à cette hypothèque. Il leur suffit, pour rendre cette renonciation valable, d'obtenir l'autorisation de leur mari, ou, à son défaut, celle de la justice (art. 217 et 218 du Code civ.).

On peut argumenter encore des art. 2144 et

2145 qui ne prohibent la renonciation que dans le cas où elle serait accordée au mari, et dire qu'ils l'autorisent, par conséquent, dans tout autre cas, d'après la règle que l'inclusion d'un cas est l'exclusion des autres.

Remarquons-le au surplus : après le droit général qui lui est accordé par les art. 217 et 218 du Code civil, pour que la femme ait ce droit particulier de renonciation à l'effet de son hypothèque légale, il n'est pas besoin que l'art. 1431 du Code civil, ni aucun autre le lui concède ; il suffit qu'aucune disposition ne le lui enlève : car le droit de contracter ne peut être limité ou modifié que par une disposition formelle (1).

---

(1) Voyez Domat, *Lois civ.*, liv. I, tit. X, *in pr.* — Pothier, *Traité des Hypothèques*, chap. III, sect. V. — M. Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, v°. *Transcription*, §. V, n°. 5.

Voyez surtout M. Tarrible, *Commentaire sur la loi des Priviléges et hypothèques*, où, rapprochant l'art. 1431 des art. 2144 et 2145, il expose les vrais principes, de la manière la plus claire : « Ces diverses dispositions, dit-il, semblent, au premier coup-d'œil, présenter une antinomie. Supposons, en effet, qu'un mari ait vendu un immeuble à lui appartenant, solidairement avec sa femme, on pourra dire, d'un côté, qu'il résulte de cette solidarité un cautionnement qui oblige la femme à garantir la vente dans tous les cas ; et, de l'autre, que la renonciation indirecte à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, qui résulte aussi du cautionnement, ne peut être valable, attendu qu'elle n'est pas accompagnée des conditions et des formalités voulues par la loi. Mais la contradiction n'est qu'apparente, et ces diverses dispositions peuvent très-bien se concilier. L'obligation solidaire contractée envers un tiers par la femme et le mari, soit de payer une dette, soit de garantir une vente, soit de donner ou faire toute autre chose dans l'intérêt du mari, est très-valable, et oblige la femme envers le tiers, sans qu'elle ait besoin d'autre forme que la simple autorisation du mari : tel est le vœu de l'article 1431. Mais lorsqu'il ne s'agit nullement de l'intérêt actuel d'un tiers, et que le mari veut simplement demander une restriction de l'hypothèque légale de la femme, pour jouir d'un crédit plus étendu, il ne peut l'obtenir que par un jugement rendu sur les conclusions

D'après ces principes, il a été jugé que la femme mariée sous le régime de la communauté, qui s'est elle-même obligée envers un créancier de son mari, peut, sans l'observation des formalités dont il est question dans lesdits art. 2144 et 2145, subroger ce créancier du mari dans l'effet de son hypothèque légale, et consentir en sa faveur le droit de priorité (Paris, 29 juin 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 112. — *Id.*, 15 janvier 1813. J. P., 1er. de 1813, pag. 522. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 5. — *Id.*, 15 mai 1816. J. P., 3e. de 1816, pag. 239. —Metz, 13 juillet 1820. J. P., 2e. de 1821, pag. 66. —*Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 176). *Voy.* aussi

---

du ministère public, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parens de sa femme. Dans ce dernier cas, la femme discute ses intérêts avec le mari seul, sans aucune intervention des tiers ; elle restreint un droit qui lui était acquis, sans recevoir aucun dédommagement du sacrifice qu'elle fait ; et c'est sans doute par ce motif que le législateur a voulu que la femme fût environnée, dans ces circonstances, de formes tutélaires qui la garantissent des pertes auxquelles une facilité inconsidérée pourrait l'exposer. Au premier cas, au contraire, la femme s'oblige directement envers un tiers. Cette obligation, contractée sous les auspices de la loi, ne doit pas être vaine ; elle doit produire tout son effet envers le tiers qui a compté sur sa validité. D'ailleurs, cette obligation, quoique contractée pour l'intérêt du mari, n'est point préjudiciable à la femme, du moins dans le vœu de la loi, puisque la même disposition qui valide l'obligation de la femme accorde à celle-ci une indemnité sur les biens du mari. Ainsi, dans la supposition déjà faite de la vente d'un immeuble appartenant au mari, consentie solidairement par le mari et par la femme, celle-ci ne pourra plus exercer les droits de son hypothèque légale sur cet immeuble, parce qu'elle s'est obligée personnellement à garantir l'acquéreur de tout trouble et de toute action qui tendrait à revendiquer sur cet immeuble un droit quelconque, ou de propriété, ou de service foncier, ou d'hypothèque ; et, si elle voulait agir en vertu de sa propre hypothèque, elle serait victorieusement repoussée par cette règle invariable : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Le consentement résultant de la solidarité produira, si l'on veut, relativement à

tous les arrêts ci-après cités, dans les numéros suivans de cette section, qui jugent implicitement la question dans le même sens.

2235. D'après les mêmes principes, la femme mariée sous le régime de la communauté peut, sans être assujettie aux formalités dont parlent les art. 2144 et 2145 du Code civil, consentir la radiation partielle ou totale d'une inscription hypothécaire prise sur un immeuble vendu par son mari et dont elle a garanti la vente conjointement et solidairement avec lui (*Cass.*, sect. civ., 12 février 1811, cassant un arrêt de la Cour de Poitiers. J. P., 1er. de 1811, pag. 513).

2236. Examinons maintenant si cette renonciation à l'hypothèque légale doit être consentie

---

l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble vendu, le même effet qu'aurait produit une renonciation directe; mais la disposition de l'art. 2144 ne sera nullement violée. La femme ne s'est pas contentée de restreindre son hypothèque vis-à-vis de son mari seul; elle s'est obligée envers le tiers acquéreur; elle a promis une garantie pleine : elle devrait garantir l'acquéreur de toute action hypothécaire intentée par un étranger : à plus forte raison doit-elle le garantir de celle qu'elle intenterait elle-même, ou plutôt elle doit se l'interdire ».

La même opinion est professée dans une circulaire du 15 novembre 1806, adressée par le Grand-Juge à tous les procureurs-généraux et impériaux, où il s'exprime ainsi : « Ce serait, par exemple, embarrasser fort mal à propos les parties contractantes que de requérir d'office des inscriptions hypothécaires au profit de la femme sur des immeubles qui auraient été affranchis de l'hypothèque légale, en vertu des art. 2140 et 2144 du Code civil. — L'inscription d'office aurait le même résultat toutes les fois que la femme s'est obligée solidairement avec son mari, dans les termes de la loi. Tenue, comme tout autre, des obligations qu'elle a valablement contractées, et, par conséquent, obligée, comme venderesse solidaire, de garantir l'acquéreur de toute éviction qui pourrait être provoquée contre lui par des tiers, n'impliquerait-il pas contradiction qu'on pût prendre en son nom des inscriptions qui tendissent à inquiéter, et même à dépouiller, cet acquéreur ».

par la femme, ou s'il suffit qu'elle résulte de l'obligation par elle contractée.

Nous croyons qu'il faut faire une distinction entre le cas de vente et celui d'une autre obligation.

Quand la femme a vendu solidairement avec son mari un immeuble de la communauté, ou même un immeuble propre au mari, elle est, comme venderesse, obligée à la garantie. Et, si elle venait intenter l'action pour son hypothèque, elle serait éloignée par l'exception de garantie; la subrogation par la femme, en faveur de l'acquéreur, résulte donc de la vente même; et, ainsi que le disait la Cour de cassation, dans l'arrêt du 12 février 1811, cité au n°. précédent, « est la suite et la conséquence nécessaire de la garantie à laquelle elle s'est soumise ». Car, si elle s'oblige à garantir d'actions hypothécaires, de la part d'étrangers, à plus forte raison s'oblige-t-elle à garantir d'actions hypothécaires de sa part. L'acquéreur, qui, sur la foi de cette garantie, s'est libéré entre les mains du mari, peut donc, comme exerçant les droits de la femme, requérir la collocation des droits et créances de celle-ci contre son mari, sur le prix de la vente, pour en être payé, par préférence aux créanciers postérieurs à la femme (susdit arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1811.—*Id.*, 14 janvier 1817, cassant un arrêt de la Cour d'Amiens du 8 août 1815. J. P., 1er. de 1817, pag. 353. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part, pag. 146. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 97. — Et considérans d'un arrêt de la Cour

d'Angers du 26 août 1812, et d'un de la Cour d'Orléans du 14 novembre 1817, cité n°. 2186).

2237. En est-il de même quand la femme n'a fait que contracter une obligation, un emprunt conjointement et solidairement avec son mari? Nous poserons encore ici une distinction.

Si la femme a hypothéqué un bien avec son mari, ou a déclaré consentir à l'hypothèque que donnait son mari, cette dation d'hypothèque ou ce consentement équivaut, de sa part, à une subrogation. Car, le débiteur n'ayant pas besoin du consentement du créancier pour constituer une nouvelle hypothèque sur la chose déjà engagée, il s'ensuit que l'intervention et le consentement du créancier ne sont requis que pour la remise du droit qu'il a sur la chose. Aussi est-il de principe en jurisprudence que, lorsqu'un créancier consent à ce que le fonds qui lui est hypothéqué le soit en faveur d'un autre, il est censé, par là, faire remise de son hypothèque sur ce bien (1). « En effet, comme le dit la Cour de Paris, dans son arrêt du 26 juin 1819, ci-après cité, si l'on doit admettre la validité d'une renonciation, de la part de la femme, à son hypothèque légale, il faut admettre aussi que cette renonciation a pu être tacite, puisque, dans les cas où la loi ne s'en est pas autrement expliquée, la renonciation à un

---

(1) Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cùm debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, etc. L. 12, ff. *Quibus modis pignus solvitur.*

droit peut être tacite, comme elle peut être expresse ». La femme ou ses cessionnaires postérieurs seront donc primés par ce créancier antérieur, tacitement subrogé dans l'hypothèque légale sur ce bien(Paris, 1er. janvier 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 267. — *Sirey,* tom. VII, 2e. part., pag. 107.—*Id.*, 26 janvier 1819. J. P., 1er. de 1819, pag. 324. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 148. — *Denevers,* tom. XVII, 2e. part., pag. 23. — Considérans d'un autre arrêt de la même Cour, du 11 mars 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 429. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 161. — Angers, 26 août 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 109. — Lyon, 22 juillet 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 125).

Nous ne devons cependant pas dissimuler qu'il existe des arrêts qui ont décidé que l'obligation solidaire de la femme avec son mari, et l'hypothèque par elle consentie sur un immeuble de la communauté, n'opèrent point une subrogation dans son hypothèque sur cet immeuble, et qu'ainsi le créancier avec lequel elle aurait traité de cette manière serait primé par les créanciers postérieurs qu'elle aurait subrogés (Paris, 29 juin 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 112. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part. pag. 5. — *Id.*, 15 janvier 1813. J. P., 1er. de 1813, pag. 522. —*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 105) : « Attendu, dit le premier, que, par les obligations contractées envers les créanciers (les premiers), la femme n'a point cédé ses créances contre son mari, ni consenti aucune subrogation ; que des créances ne sont point sus-

ceptibles d'hypothèque ; que, par conséquent, la femme avait, malgré les obligations par elle contractées, la libre disposition de ses créances, et qu'elle a pu les céder sans fraude ». — « Attendu, dit le second, que les engagemens même hypothécaires par elle contractés n'y mettent point obstacle, parce que ces engagemens, n'opérant ni saisie ni affectation des créances de la femme (art. 2118 du Code civ.), surtout depuis la suppression du sous-ordre, lui laissent l'entière disposition de ses droits ». Nous ne croyons pas devoir entrer dans la discussion de ces motifs, qui nous semblent réfutés par les raisonnemens qui précèdent.

2238. Mais si la femme n'a fait que souscrire une obligation solidaire, sans consentir aucune hypothèque, si l'hypothèque n'est donnée que par le mari, soit sur un bien du mari, soit sur un bien de la communauté, sans que la femme ait manifesté son approbation, alors la femme n'a fait que se reconnaître débitrice, mais ne s'est point dépouillée de son hypothèque légale ; car l'existence d'une dette ne dépouille point le débiteur d'un bien, et ne rend pas ce bien indisponible entre ses mains. L'hypothèque de la femme prime donc toujours, en ce cas, celle du créancier, qui doit s'imputer de n'avoir pas exigé la subrogation pour garantie de sa créance. Si la femme veut exercer elle-même l'hypothèque, le créancier ne pourra que faire saisir le montant de la collocation, comme il ferait saisir tout autre bien de la femme ; et la distribution de cette collocation devra être faite

entre tous les saisissans, au marc le franc (art. 778 du Code de pr.). Mais, si ce sont des cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme, des créanciers subrogés à cette hypothèque légale, par actes postérieurs, mais en règle, qui viennent réclamer cette subrogation, ils devront être colloqués antérieurement au premier créancier, qui n'a pour lui que l'obligation solidaire du mari et de la femme, mais non la subrogation dans l'hypothèque de cette dernière.

C'est ce qui nous semble résulter aussi des arrêts cités au numéro précédent, des Cours de Paris, d'Angers et de Lyon, qui fondent l'existence de la subrogation tacite sur la circonstance que la femme avait consenti l'hypothèque, conjointement avec son mari : « Attendu, dit l'un, que la femme a spécialement hypothéqué les immeubles de la communauté ». — « Considérant, dit l'autre, que la renonciation de la femme résulte de ce qu'elle a consenti à ce que les mêmes biens qui étaient affectés à son hypothèque légale fussent hypothéqués au sieur ....., etc ». A la vérité, l'arrêt de la Cour d'Angers paraît, dans ses Considérans, faire résulter la subrogation, de la part de la femme, de la seule obligation solidaire : « Attendu, dit-il, que la qualité d'obligée personnellement s'oppose à ce qu'elle puisse faire prévaloir son hypothèque sur celle que son créancier avait sur l'immeuble qui avait appartenu à son mari ». Mais il faut observer que la question se jugeait seulement contre la

femme, et non contre d'autres créanciers; qu'ainsi son obligation solidaire suffisait pour la faire primer par son créancier.

2239. Les Cours de Paris (12 décembre 1817. J. P., 1er. de 1818, pag. 278. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 150) et de Metz (13 juillet 1820, déjà cité no. 2233) ont jugé que, entre deux créanciers subrogés par la femme dans l'effet de son hypothèque légale, sur les immeubles de son mari, pour sa dot et ses reprises et conventions matrimoniales, celui qui a fait inscrire au bureau des hypothèques son acte de subrogation ne doit pas moins être primé par le créancier antérieur en date certaine, qui n'a pas requis l'inscription ou dont l'inscription est postérieure: « Considérant, dit l'arrêt de la Cour de Paris, (et ses motifs sont reproduits en partie dans l'arrêt de Metz) que la subrogation, lorsqu'elle est légalement établie, ou valablement consentie, a pour effet de transmettre au créancier subrogé tous les droits, priviléges et hypothèques, qui sont l'accessoire de la créance à raison de laquelle la subrogation a été consentie; considérant qu'il s'agit, dans l'espèce, de la subrogation consentie par une femme à l'hypothèque légale qu'elle avait sur les biens de son mari, et que cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription; considérant que la femme, par les subrogations qu'elle a consenties, en faveur de premiers créanciers, s'est dessaisie, successivement et jusqu'à concurrence du montant de chacune de ces subrogations, des droits résultant de son hypothèque légale, et

qu'elle n'a pu, par des subrogations postérieures, porter atteinte à celles qu'elle avait précédemment consenties; considérant qu'il n'existe, ni dans le Code civil, ni dans le Code de procédure, aucune disposition qui exige que le cessionnaire ou le créancier subrogé aux droits résultant d'une créance hypothécaire, fasse inscrire l'acte de cession ou de subrogation consentie à son profit, et qui fasse produire à cette inscription, en faveur du cessionnaire ou du créancier subrogé qui l'a prise, un droit de préférence ou d'antériorité, au préjudice des créanciers précédemment subrogés; que la disposition de l'art. 2134 du Code civil, qui porte que l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription, ne peut s'entendre que de l'inscription du titre constitutif de la créance, et ne peut, par conséquent, s'appliquer à une hypothèque légale pour laquelle la formalité de l'inscription n'était pas nécessaire ». Cette décision est fondée sur les vrais principes, comme nous allons l'établir tant pour les subrogations tacites que pour les subrogations expresses qui contiennent renonciation, par la femme, à opposer son hypothèque légale au créancier.

Il convient de remarquer que, dans les deux espèces jugées par ces arrêts de Paris et de Metz, la subrogation ou la cession de priorité avaient été consenties expressément. Mais, dans une autre espèce où elles n'étaient que tacites, et résultaient seulement de la solidarité contractée par la femme et de l'hypothèque qu'elle avait donnée, avec son mari, sur un immeuble de la commu-

nauté, la Cour de Paris (8 décembre 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 241) a jugé que deux créanciers au profit desquels avaient été contractées successivement, et à des dates différentes, de semblables obligations et subrogations, et dont le second était inscrit avant le premier, devaient venir par contribution et au marc le franc, pour le montant de leurs créances respectives, sans aucun égard à la priorité, soit des subrogations, soit des inscriptions: « Attendu que le sieur S..., et les héritiers V... (les deux créanciers), ayant tous la veuve pour obligée, se trouvent avoir un droit égal, puisque les hypothèques à eux conférées par leurs inscriptions remontent à l'époque du contrat de mariage ». La Cour de Lyon (arrêt du 22 juillet 1819, déjà cité, no. 2237) a, au contraire, jugé que la subrogation tacite, résultante de la solidarité contractée par la femme et de l'hypothèque par elle consentie, conjointement avec son mari, sur les immeubles mêmes de celui-ci, donnait au créancier, dont le titre avait priorité de date certaine, la préférence sur les autres créanciers, porteurs de subrogations même expresses, même inscrites avant la subrogation tacite du premier créancier: « Attendu que, soit qu'une subrogation ou une renonciation à l'hypothèque légale ait été expresse, soit qu'elle ait été seulement tacite, elle doit avoir dans les deux cas son plein et entier effet; — Attendu que, dans l'espèce, l'acte du ..., contient, de sa part (de la part de la femme),.. une renonciation virtuelle à la faculté d'exercer sur les mêmes immeubles

aucuns droits d'hypothèque légale qui pussent préjudicier à l'hypothèque du sieur de R...., ou.. en d'autres termes, une cession de priorité d'hypothèque, laquelle ne permettait plus à (la femme) de rien répéter sur les immeubles hypothéqués, avant que le sieur de R.... fût lui-même rempli de sa créance; — Attendu que, quand (la femme) a ensuite subrogé expressément J. D... à son hypothèque légale...., elle n'a pu transférer plus de droits qu'elle n'en avait conservé elle-même; et qu'ainsi J. D...., se trouvant aux lieu et place de (la femme), au moyen de la subrogation expresse, stipulée dans cet acte, n'a nullement obtenu sur le sieur de R...., un droit de priorité qui était déjà acquis à ce dernier par un titre antécédent ».

La Cour de Lyon a, comme on le voit, jugé trois points de droit : le premier, que la subrogation tacite a les mêmes effets que la subrogation expresse; le second, que, entre plusieurs subrogés, la priorité de date des subrogations, même tacites, donne la priorité de rang pour la collocation ; le troisième que la priorité de l'inscription de subrogation ne peut décider du rang entre les subrogés.

La première décision est conforme à ce que nous avons dit n°. 2237. Ainsi nous n'y reviendrons pas. La seconde, conforme à l'arrêt de la Cour de Paris du 12 décembre 1817, ci-dessus cité, en ce qui concerne les subrogations expresses, mais contraire à la décision de la Cour, du 8 décembre 1819, en ce qui concerne les subro-

gations tacites, nous paraît, ainsi que la troisième, fondée sur les vrais principes de la matière. La subrogation n'est en effet qu'une cession d'actions ; la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, n'est donc que la cession de son hypothèque légale. Le privilége ou l'hypothèque seule, dans les cas où l'inscription est requise, est sujet à l'inscription, et non la cession du privilége ou de l'hypothèque. Ce qui le prouve, c'est que, pour opérer l'inscription, le créancier n'est tenu de représenter, soit par lui-même, soit par un tiers, que l'original en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte *qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque* (art. 2148 du Code civ.) : or, si un tiers peut représenter le titre constitutif de l'hypothèque, le cessionnaire peut le représenter sans justifier de sa cession. Ce qui le prouve encore, c'est que, aux termes du même art. 2148, 3°., le bordereau doit contenir la date et la nature du titre, et que la loi n'ajoute pas, la date et la nature de l'acte qui a transféré le titre, s'il y a transmission de la créance ou de l'hypothèque ; c'est que, par l'art. 2152, au lieu d'imposer au cessionnaire l'obligation de faire inscrire sa cession, le Code civil lui accorde la faculté de changer sur le registre des hypothèques le domicile élu par le créancier cédant, à la charge seulement d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement ; c'est enfin qu'aucune disposition de la loi n'oblige à faire inscrire la cession de privilége ou d'hypothèque. Il y a plus : dans l'usage, et pour éviter

avant l'expiration des dix années les frais d'un renouvellement d'inscription, le cessionnaire ou subrogé, en faveur duquel il n'a pas été consenti de nouvelles hypothèques, se borne à requérir la mention de la cession ou subrogation en marge de l'inscription prise par le cédant, afin que le conservateur ne puisse pas rayer l'inscription sans le consentement du cessionnaire, et afin que les notifications lui soient faites, au lieu d'être faites au cédant. Si même le cessionnaire ou subrogé faisait inscrire la cession ou subrogation, au lieu de faire inscrire le titre constitutif, cette inscription n'équivaudrait qu'à la mention dont nous venons de parler ; elle n'interromprait pas la prescription de dix ans, et elle ne donnerait par elle-même aucun rang d'hypothèque : car c'est l'hypothèque et son titre constitutif qui doivent être inscrits, et non les mutations qui s'en sont opérées. Entre plusieurs cessionnaires d'une même créance hypothécaire, ou entre plusieurs subrogés à la même hypothèque, la priorité d'inscription de la cession ou de la subrogation est donc sans aucun effet. A plus forte raison, est-elle sans effet quand l'hypothèque légale de la femme est l'objet de la cession ou de la subrogation, puisque cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription, et puisque son rang est fixé, non par la date de l'inscription, mais par la date du mariage ou des causes ultérieures des créances de la femme contre son mari. Comme le cessionnaire d'une hypothèque sujette à inscription jouit du bénéfice de la date de l'inscrip-

tion prise par le cédant sans être obligé de faire inscrire sa cession, de même le cessionnaire de l'hypothèque légale jouit du bénéfice de la date de cette hypothèque sans être assujetti à aucune inscription. Dira-t-on que la dispense d'inscription est un bénéfice personnel à la femme; que ce bénéfice ne peut pas être étendu à d'autres; que dispenser les cessionnaires ou subrogés de faire inscrire leurs cessions ou subrogations, c'est donner à la femme, le moyen de tromper des cessionnaires ultérieurs ? Ces objections sont faciles à réfuter. D'abord, loin que la dispense d'inscription accordée à la femme ne puisse pas être transmise à d'autres, il est constant aujourd'hui, d'après des avis du Conseil d'état du 9 mai 1807 (*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 112), et du 8 mai 1812 (*Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 328), que le bénéfice de cette dispense, qui continue après la dissolution du mariage, passe aux héritiers des femmes ou veuves *ou autres représentans* (expressions de l'avis du 8 mai 1812), et que parmi ces autres représentans il faut comprendre, non-seulement les donataires ou légataires universels ou à titre universel de la femme, mais encore les cessionnaires quelconques de ses créances (Turin, 10 janvier 1812. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 448). En second lieu, on ne peut pas, en droit, alléguer la possibilité de la fraude, pour empêcher l'application de la loi, ou pour ajouter à ses dispositions; et nous avons démontré suffisamment que les cessions ou subrogations ne sont pas, par elles-mêmes, sujettes à inscription, et que

l'inscription qui en serait faite ne donnerait pas le rang d'hypothèque.

Concluons donc que l'effet de la subrogation, soit expresse, soit tacite, dans l'hypothèque légale de la femme est, non-seulement de faire préférer le créancier subrogé aux créanciers non subrogés, mais encore de faire préférer le premier subrogé au second subrogé, et ainsi successivement en observant la priorité de date des subrogations consenties par la femme ; c'est-à-dire, que le montant de la collocation doit être distribué par ordre ou rang de subrogations entre les créanciers subrogés à son hypothèque légale, et le surplus par contribution entre les autres créanciers non subrogés. C'est ce qui a eu lieu dans presque tous les arrêts ci-dessus cités, sans qu'aucune difficulté se soit élevée à ce sujet ; et c'est au surplus ce qui a été aussi jugé par la Cour de Paris (15 mai 1816. J. P., 1[er]. de 1816, pag. 239. — *Sirey*, tom. XVII, 2[e]. part., pag. 52. — *Denevers*, tom. XV, 2[e]. part., pag. 55). Cette collocation par ordre entre les créanciers subrogés ne doit point en effet, ainsi qu'on l'avait prétendu, être regardée comme un sous-ordre, qui est aboli par les nouvelles lois, par l'art. 778 du Code de procédure, disant : « Tout créancier prendra inscription pour conserver les droits de son débiteur ; mais le montant de la collocation *sera distribué comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposans*, avant la clôture de l'ordre ». Car, dans le sous-ordre, il y

avait sous-collocation par ordre, sur le montant de la collocation du débiteur; et c'est le cas dont il s'agit dans cet art. 778, et ce qu'il prohibe: tandis qu'ici il y a, non pas sous-collocation sur la collocation du débiteur, mais subrogation à ses droits et collocation en son lieu et place, c'est-à-dire, non deux collocations successives, mais une seule collocation avec subrogation de personnes. La rédaction du premier membre de phrase de l'art. 778 montre de plus qu'il n'a eu en vue que les créanciers qui n'étaient pas subrogés aux droits du débiteur; car ceux-ci n'ont pas besoin d'être autorisés par la loi *à prendre une inscription*, puisqu'ils y sont autorisés par la convention; ensuite, ils prennent inscription, non pour conserver *les droits de leur débiteur*, mais pour conserver les leurs propres, puisque ces droits de leur débiteur leur appartiennent, par l'effet de la subrogation. — On ne peut non plus argumenter de l'art. 2118 du Code civil, qui dit que, « sont seuls susceptibles d'hypothèques, 1°. les biens immobiliers qui sont dans la commerce, et leurs accessoires réputés immeubles; 2°. l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le tems de sa durée », et objecter que l'hypothèque légale de la femme, n'étant pas un immeuble, n'est pas susceptible d'hypothèque et de distribution par ordre. La réponse à cette objection se trouve dans notre explication que le créancier subrogé, n'étant point sous-colloqué sur le montant de la collocation de la femme,

mais colloqué en son lieu et place, ne vient pas en vertu d'un droit d'hypothèque sur cette collocation.

2240. Mais, dans tous les exemples cités au numéro précédent, la raison de la préférence du premier subrogé sur le second, et ainsi successivement par ordre de date des subrogations, était cette circonstance que la femme, ayant consenti elle-même à l'hypothèque donnée par son mari aux créanciers successivement subrogés, était réputée avoir successivement renoncé à opposer à chacun d'eux sa propre hypothèque légale, et que dès-lors, chaque créancier subrogé, n'ayant pas plus de droits que la femme, ne pouvait lui-même opposer sa subrogation aux créanciers antérieurement subrogés. Il s'ensuit que, si l'acte ne contient ni obligation solidaire de la femme, ni hypothèque par elle consentie sur l'immeuble de son mari, ni aucune autre clause qui puisse faire présumer qu'elle ait voulu autre chose que faire profiter le créancier du rang de son hypothèque légale; si enfin la subrogation n'a eu lieu que de la manière et dans l'un des cas prévus par les art. 1250 et 1251 du Code civil, alors elle rentre dans la règle générale, posée en l'art. 1252, qui veut que la subrogation ne puisse nuire au créancier (et ici à la femme) lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. Et il n'y a plus que concours entre tous les cessionnaires ou subrogés, comme nous l'avons établi, tome V, n°. 1751, pour les cessionnaires d'un même privilége.

2241. Comme les actes n'ont d'effet qu'entre

les parties contractantes (art. 1165 du Code civ.); comme d'ailleurs personne n'est présumé facilement renoncer à ses droits ; et que, par conséquent, les renonciations doivent toujours être interprétées dans un sens restreint, il en résulte que d'autres créanciers ne pourront se prévaloir de la renonciation à l'hypothèque légale que la femme aurait faite dans un acte en faveur de l'un d'eux. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que la femme mariée, qui renonce à son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur d'un immeuble de son mari, n'est pas censée, par cela, avoir renoncé à cette hypothèque sur cet immeuble en faveur des créanciers de son mari (sect. civ., 14 janvier 1817, cassant un arrêt de la Cour d'Amiens du 8 août 1815. J. P, 1er. de 1817, pag. 353.—*Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 146.—*Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 97); ni à cette hypothèque sur d'autres biens vendus précédemment par son mari à d'autres acquéreurs, par actes auxquels elle n'avait pas comparu (sect. civ., 12 août 1816, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 23 février 1813. J. P., 2e. de 1817, pag. 455. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 381. — *Denevers*, tom. XIV, 1re part., pag. 545).

Par les mêmes principes, la décision ne devrait pas être différente quand même les premières ventes auraient été faites au même individu que la dernière : car la renonciation de la femme ne peut pas plus être étendue à d'autres immeubles qu'elle ne peut l'être à d'autres individus que celui qu'elle a eu en vue.

2242. D'après l'art. 2136 du Code civil, on ne

peut douter que le vendeur, qui affecte à la garantie de la vente les biens grévés de l'hypothèque légale et *non inscrite* de sa femme, ne soit obligé de la déclarer, à peine de stellionnat, s'il n'est pas constant que l'acquéreur ait connaissance de cette hypothèque, et si elle lui porte préjudice (*Cass.*, sect. civ., 25 juin 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom du 5 mai 1813. J. P., 2e. de 1818, pag. 5. — *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 13. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 409); car ces expressions, de l'art. 2136, *laissé prendre des priviléges ou hypothèques* sont générales, et montrent que cet article n'a pas eu seulement en vue, comme on le prétendait, le cas unique de la constitution d'une nouvelle hypothèque, mais aussi celui de vente et tous les cas où il est pris hypothèque ou privilége.

2243. Les acquêts du mari et les conquêts de la communauté étant grevés, même durant le mariage de l'hypothèque légale de la femme, ainsi que nous l'avons établi, n°. 2186, il s'ensuit que le mari, qui n'ayant pas fait insérer cette hypothèque, consent, en faveur d'un tiers, une hypothèque sur un acquêt ou un conquêt, sans déclarer expressément que ce bien est grevé de l'hypothèque légale de la femme, se rend stellionataire et contraignable par corps, aux termes de l'art. 2136 (Paris, 12 décembre 1816. J. P., 1er. de 1817, pag. 437. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 228).

2244. La femme non commune en biens, qui

ne justifie pas que le mari ait profité de l'aliénation de quelqu'un de ses propres, ne peut pas s'opposer à ce que son inscription soit réduite au montant de ses créances et droits matrimoniaux déterminés en son contrat de mariage. « Considérant que le remploi des propres aliénés par la femme non commune n'est dû sur les biens de son mari que dans le cas où il a été reconnu et jugé qu'il a profité du prix des aliénations ; que, aucune justification n'étant faite à cet égard, elle n'a aucune créance actuelle au-delà de celles déterminées par son contrat de mariage » (Paris, 16 juillet 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 466. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 233).

2245. Lorsqu'une inscription n'a été prise par la femme que pour certaines de ses créances matrimoniales, et que cette inscription a été limitée à certains biens, moyennant l'observation des formalités prescrites par la loi, cette limitation ne peut pas être étendue aux autres créances matrimoniales, qui, ne faisant pas l'objet de l'inscription, n'ont pas dû être, non plus, l'objet de la limitation. Les immeubles du mari demeurent donc grevés de l'hypothèque légale de ces autres créances (Paris, 29 mai 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 72).

FIN DU TOME SIXIÈME.

TABLE

DU SIXIÈME VOLUME.

Suite du livre IIIe. du Code civil.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

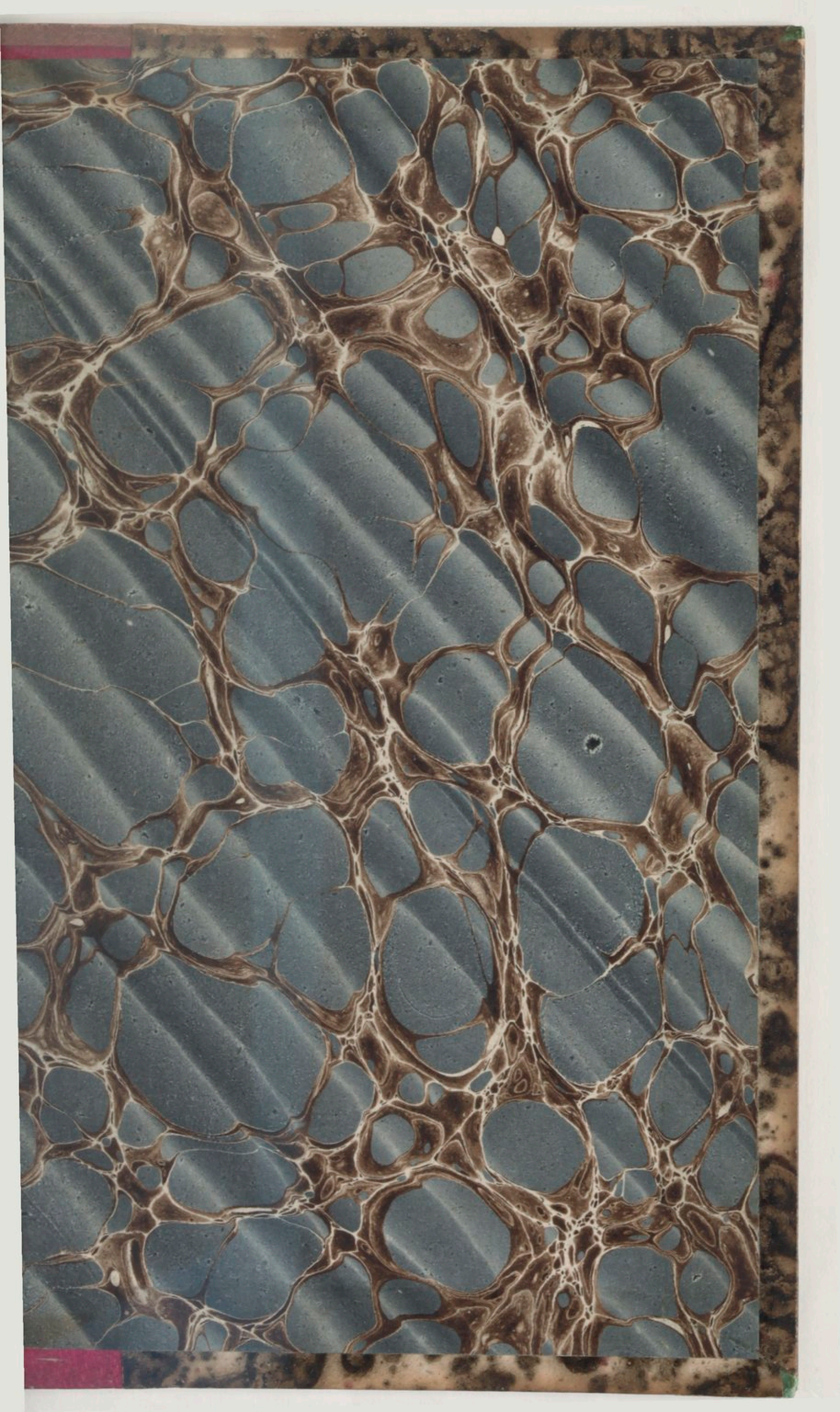
FIN DE LA TABLE DU SIXIÈME VOLUME.



ERRATA.

Page 5, *ligne* 3, *au lieu de* n'ait *lisez* ait. *Pag.* 46, *lig.* 29, garantir à *l.* garantir de. *Pag.* 58, *lig.* 15, pût *l.* puisse. *Pag.* 62, *lig.* 29, parce qu'ils *l.* parce qu'elles. *Pag.* 88, *lig.* 19, restrictible *l.* restrictive. *Pag.* 90, *lig.* 27, des *l.* de. *Pag.* 112, *lig.* 1re., du bail à cheptel *l.* chap. IV, *du Bail à cheptel. Pag.* 121, *lig.* 19, d'assister *l.* d'exister. *Pag.* 159, *lig.* 31, terrier *l.* terrien. *Pag.* 165, *lig.* 4, condamnation, en *l.* condamnation en. *Pag.* 173, *lig.* 11, n'est *l.* ne serait. *Pag.* 173, *lig.* 14, tend *l.* tendrait. *Pag.* 202, *lig.* 29, §. Ier. *lisez* sect. Ire. *Pag.* 203, *lig.* 27, traiterons ces *l.* traiterons de ces. *Pag.* 204, *lig.* 1, §. II, *l.* sect. II. *Pag.* 213, *lig.* 10, §. III *l.* sect. III. *Pag.* 227, *lig.* 19, l'appuyaient *lisez* s'appuyaient. *Pag.* 232, *lig.* 1, §. IV *lisez* sect. IV. *Pag.* 238, *lig.* 24 *et* 25, nuls, *comme faits en fraude, lisez* nuls.. *Pag.* 247, *lig.* 18, §. V *l.* sect. V. *Pag.* 262, *lig.* 17, à la différence *l.* . A la différence. *Idem*, *lig.* 18, exceptions; et comme *l.* exceptions, et parce que. *Pag.* 296, *lig.* 16, portable *l.* préalable. *Pag.* 305, *lig.* 14, manque de *l.* manque à. *Pag.* 332, *lig.* 3, éminemment *l.* évidemment. *Pag.* 338, *lig.* 17, opposaient *l.* opposition. *Pag.* 340, *lig.* 4 *et* 5, que, pour le cas de certitude, la *l.* que pour le cas de certitude la. *Pag.* 346, *lig.* 20, par *l.* pour. *Pag.* 355, *lig.* 19, une solde *l.* un solde. *Pag.* 362, *lig.* 5, nécessaire, et ou dès-lors *l.* nécessaire. Dès-lors. *Pag.* 365, *lig.* 7, une solde *l.* un solde. *Pag.* 391, *lig.* 3, écrit » *l.* écrit » (art. 2044 du Code civ.). *Pag.* 392, *lig.* 22, de famille *l.* du conseil de famille. *Pag.* 419, *l.* 26, La négative a été jugée *l.* C'est ce qui a été jugé. *Pag.* 425, *lig.* 10, 2075 *l.* 2073. *Pag.* 446, *lig.* 30, paiement *l.* défaut de paiement. *Pag.* 534, *lig.* 5, jour *lisez* jour à. *Pag.* 573, *lig.* 23, insérer *l.* inscrire.






BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 04090643 2